

**FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA - FDUL
MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO E CIÊNCIA JURÍDICA**



**CONTROLE JURISDICIONAL DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA NO BRASIL:
DA EROSÃO DA LEGALIDADE À USURPAÇÃO DA LEGITIMIDADE**

Mestrado em Direito e Ciências Jurídico-Políticas
Especialidade de Direito Administrativo

Antonio Rodrigues do Nascimento

Lisboa - 2019

**FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA - FDUL
MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO E CIÊNCIA JURÍDICA**

**CONTROLE JURISDICIONAL DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA NO BRASIL:
DA EROÇÃO DA LEGALIDADE À USURPAÇÃO DA LEGITIMIDADE**

Dissertação apresentada como exigência parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito, no âmbito do Mestrado Acadêmico em Ciências Jurídico – Políticas - Especialidade de Direito Administrativo, da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, sob orientação do Professor Doutor David Duarte.

Antonio Rodrigues do Nascimento

Matrícula nº 29224

Resumo

A discricionariedade administrativa no Brasil reflete o paradoxo do sistema constitucional de administração executiva baseado na concepção rígida da separação de poderes (modelo francês), porém, submetido ao controle de uma jurisdição universal e ilimitada (*judicial review*). Conduzida sob o enfoque do realismo jurídico analítico, utilizando-se da revisão bibliográfica e de casos julgados, a investigação revela como as teses da corrente prevalente da doutrina de direito administrativo, condicionada à colonialidade do saber, foram desconectadas do direito constitucional positivo (discurso das fontes) para servir de fundamentos aos enunciados prescritivos do controle jurisdicional (discurso dos intérpretes) que excede os limites da separação funcional de poderes e da legalidade. São identificadas três fases do controle jurisdicional no período republicano, correspondentes ao grau de amplitude e intensidade: *controle restrito*, *controle amplo* e *controle extremo*. A fase do *controle restrito* (1889-1980) caracteriza-se pela deferência do Poder Judiciário diante do mérito do ato discricionário, restringindo-se à verificação da legalidade ou da ilegitimidade por abuso de poder ou desvio de finalidade. A fase do *controle amplo*, iniciada no final dos governos militares (1964-1985), caracteriza-se pelo deslocamento do tema da discricionariedade administrativa, até então situado pela doutrina no *terreno da política*, para o campo da interpretação, restringindo-se a problematização aos conceitos jurídicos indeterminados e à tese da “redução a zero” pela “solução ótima”, sujeita à valoração do controle. A fase do *controle extremo*, iniciada na vigência da Constituição de 1988, caracteriza-se pela influência do neoconstitucionalismo e do pós-positivismo. A doutrina passa a justificar o controle com base em princípios constitucionais explícitos ou implícitos, sujeitos à ponderação *in concreto*. A falta de densificação do conceito jurídico de princípios, de critérios de identificação objetiva destes e de seus respectivos conteúdos jurídicos permite ao controle substituir a discricionariedade administrativa pela discricionariedade judicial, como demonstram os casos julgados do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, causando prejuízos à gestão pública e aos agentes titulares de competências discricionárias sujeitos à imputação de improbidade administrativa por atos que atentam contra princípios da Administração, nos termos do art. 11 da Lei 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa).

Palavras-Chaves: discricionariedade administrativa; controle judicial; princípio da legalidade; separação de poderes; ponderação judicial.

Abstract

The administrative discretion in Brazil reflects the paradox of the constitutional system of executive administration based on the rigid conception of separation of powers (french model) but submitted to the control of a universal and unlimited jurisdiction (judicial review). The investigation reveals how prevalent theses of the doctrine of administrative law, conditioned to the coloniality of knowledge, were disconnected from positive constitutional law (source's discourse) to serve as a foundation for the prescriptive statements of jurisdictional control (interpreter's discourse) that goes beyond the limits of functional separation of powers and legality. Three phases of jurisdictional control in the Republican period are identified, corresponding to the degree of amplitude and intensity: restricted control, broad control and extreme control. The restricted control phase (1889-1980) is characterized by the deference of the Judiciary to the merit of the discretionary act, being restricted to the verification of legality or illegitimacy by abuse of power or misuse of purpose. The phase of broad control, initiated at the end of the military administrations (1964-1985), is characterized by the subjective displacement of administrative discretion, hitherto situated by doctrine in the field of politics, for the field of interpretation, restricting itself to problematization to the indeterminate legal concepts and to the "zeroing" thesis by the "optimal solution", subject to the valuation of control. The phase of extreme control, initiated under the Constitution of 1988, is characterized by the influence of neo-constitutionalism and post-positivism. The doctrine starts to justify control based on explicit or implicit constitutional principles, subject to concrete weighting. The lack of densification of the legal concept of principles, of criteria for the objective identification of these and their respective legal content allows the control to replace administrative discretion by judicial discretion, as evidenced by the cases judged by the Federal Supreme Court and the Superior Court, causing damages to the public management and agents with discretionary powers subject to the imputation of administrative improbity for acts that violate principles of the Administration, under the terms of art. 11 of Law 8,429 / 1992 (Administrative Improbity Act).

Keywords: administrative discretion; judicial control; principle of legality; separation of powers; judicial balance.

Agradecimentos

Já se disse que sentir gratidão e não expressá-la é como embrulhar um presente e não entregá-lo a ninguém. Esta dissertação talvez não viesse à luz, com todas as imperfeições que são de minha exclusiva responsabilidade, sem o contributo de várias pessoas às quais devo e quero expressar gratidão.

Agradeço em primeiro lugar ao meu Orientador, Prof. Dr. David Duarte, sobretudo pela inspiração que seu magistério e produção científica proporcionam.

Sou grato também ao corpo docente e aos demais servidores e servidoras da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; a todos peço licença para agradecer nos nomes dos Profs. Drs. Vasco Pereira da Silva e José Melo Alexandrino, juristas que me concederam o privilégio da convivência acadêmica e do aprendizado científico durante o ano curricular.

Aos Profs. Drs. Fábio Pereira Franco e Roberto Senise Lisboa, da Escola de Direito das Faculdades Metropolitanas Unidas, agradeço o incentivo pessoal e apoio institucional; nos seus nomes agradeço também aos colegas de magistério da FMU.

Obrigado à Silvana e ao Quim, pelo acolhimento e desvelo fraternos.

Minha gratidão às pessoas amigas que acompanham e vibram pelo êxito desta empreitada transatlântica desde seu planejamento. A todas elas peço licença para agradecer nos nomes de Alcilene, Delmar e Núria; Eduardo Pacobello, Maurílio Matos e Fábio Gabriel; Luiz Roberto, Celina e Pepe; Angela Amaral, Irineu Barreto e Ney Vaz. E nos nomes da Aline, Julia, Lina, Martim, Pedro, Tomás e Yuki, agradeço a todos queridos amigos e amigas que ajudam a povoar a Terra com solidariedade e esperança.

Gratidão aos colegas de copo e de cruz da temporada acadêmica lisboeta; a todos agradeço nos nomes do Artur Carrijo, Rodrigo Freire e Thiago Rocha.

Por fim, mas não menos importante, agradeço à querida companheira Fernanda Almeida, pelo estímulo, cumplicidade e tempo roubado ao nosso convívio.

“Frágeis eram os artefatos dos índios e todas as suas obras;
frágeis são também as nossas de hoje.”
Lima Barreto

“Não se negue, todavia, um mérito. A doutrina é
frequentemente formulada com sedutora graça literária.”
Manoel Gonçalves Ferreira Filho

“Do rio que tudo arrasta
se diz que é violento
Mas ninguém diz violentas
as margens que o comprimem.”
Bertold Brecht

ÍNDICE

Introdução	7
-------------------------	----------

Secção I - Enquadramento teórico

§ 1º. Objeto, objetivos e hipóteses

Especificação do tema e dos objetivos	11
a) O problema	13
b) As hipóteses	17

§ 2. Padrões conceituais concorrentes para definição do direito e da ciência jurídica

(i) Duas questões preliminares	20
(ii) Dos padrões de conhecimento geral aos padrões de conhecimento jurídico	
a) Concepções internistas e externistas sobre o conhecimento	23
b) Universalismo e jusnaturalismo <i>versus</i> historicismo e juspositivismo	25
(iii) Padrões cognitivistas e não cognitivistas nos planos metaético e científico	
a) Padrões metaéticos no campo jurídico	29
b) Padrões semântico e pragmático na teoria do direito	32

§ 3º. A opção teórico-metodológica pelo realismo jurídico

(i) uma proposta de caracterização do realismo jurídico	36
(ii) A “escola genovesa” de realismo jurídico	39
(iii) O <i>realismo jurídico analítico</i> de Riccardo Guastini	42
(iv) Doutrina e a jurisprudência como “discurso dos intérpretes”	47
(v) A colonialidade da doutrina e pressupostos do realismo jurídico analítico ..	51

Secção II – O papel da doutrina na erosão da legalidade administrativa

§ 4. Doutrina administrativista e a erosão da legalidade

(i) A erosão da legalidade e o controle jurisdicional da discricionariedade	
a) A progressiva erosão do princípio da legalidade	56

b) Sincretismo metodológico da doutrina.....	61
c) Do “Estado de polícia” à primeira fase do controle jurisdicional	65
d) A deferência da doutrina do <i>controle restrito</i>	72
e) A doutrina garantística do <i>controle amplo</i>	81

(ii) A doutrina do controle jurisdicional no Estado Democrático de Direito	
a) Algumas referências portuguesas à doutrina do <i>controle extremo</i>	86
b) A doutrina neoconstitucionalista do <i>controle extremo</i>	95
c) O consenso principiologista na “era da ponderação”	100

Secção III – A usurpação da legitimidade

§ 5. A revisão jurisprudencial do modelo de controle jurisdicional da discricionariedade

(i) Discricionariedade judicial <i>versus</i> discricionariedade administrativa	112
(ii) Casos julgados: o ambíguo e errático controle do mérito pelo Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça	115
(iii) Casos julgados: ponderação e proporcionalidade no controle da atividade administrativa pelo Supremo Tribunal Federal	122
(iv) Casos julgados: baixa densidade e clareza normativas da Lei de Improbidade Administrativa e os atos que atentam contra princípios da Administração	127

Síntese conclusiva	135
---------------------------------	-----

Referências bibliográficas	141
---	-----

Introdução

É sempre uma pretensão temerária realizar uma investigação acadêmica sobre tema do conhecimento alvo de intensa reflexão. O risco de incursão no campo das obviedades ou da revelação de ignorância sobre aspectos fundamentais da matéria abordada é muito grande. A decisão de correr este risco, contudo, nasceu da observação de um padrão no tratamento do tema do controle da discricionariedade administrativa pela doutrina de direito administrativo brasileiro (mas não só dela) consubstanciada nos manuais mais referenciados e nas obras de juristas reverenciados por seus pares e prestigiados pela jurisprudência.

Com exceções que confirmam a regra, os administrativistas brasileiros (mas não só eles) têm tratado do tema da discricionariedade administrativa a partir de uma perspectiva exclusivamente garantística cuja preocupação principal, senão a única, é justificar a redução da discricionariedade administrativa ao mínimo na proporção inversa em que ampliam e intensificam o controle jurisdicional ao máximo. Este garantismo teórico-metodológico, no Brasil, imbricou-se com um projeto ético-político encampado pelo Poder Judiciário.

Do ponto de vista teórico-metodológico, a investigação identifica um progressivo deslocamento do tema da discricionariedade administrativa pela corrente majoritária da doutrina administrativista. A doutrina, que inicialmente alocava o instituto no “terreno da gestão política” e descrevia o ato administrativo discricionário como “ato político”, a partir de determinado momento passa a perceber a discricionariedade administrativa como uma questão exclusivamente linguística, a ser resolvida por técnicas e critérios de interpretação. A “torção” temática elide a problematização sobre as causas normativas da discricionariedade administrativa e sobre suas relações necessárias de sentido com os princípios da separação de poderes e da legalidade, substituindo-se os problemas normativos relativos à apuração das competências funcionais da Administração Pública pelos problemas hermenêuticos relativos ao exercício destas competências diante dos casos concretos.

Para confinar o tema do controle da discricionariedade à interpretação dos conceitos indeterminados e legitimar as teses sobre a possibilidade de sua “redução a zero” por meios argumentativos, atribuiu-se ao agente público titular da

competência discricionária o dever constitucional de decidir sempre por uma “solução ótima”, passível de controle pelo Poder Judiciário pela ponderação de princípios constitucionais expressos ou implícitos que afastam as regras de competência. A justiciabilidade principiológica irrestrita das escolhas discricionárias da Administração vai fundamentar-se nas teses neoconstitucionalistas, de matriz pós-positivista, que apostam na superação da legalidade pela juridicidade como resultado da conexão necessária entre o direito e a moral; postulam a diferenciação entre regras e princípios e a prevalência destes últimos sobre as regras e, logo, na superação da subsunção lógico-formal pela ponderação.

A posição doutrinária majoritária, manifestamente em prol da ampliação e intensificação do controle jurisdicional da discricionariedade administrativa, traz consigo evidentes significados e sentidos ético-políticos, haja vista que constitui o aparato técnico-científico necessário e suficiente à exasperação do controle jurisdicional no Brasil nos últimos trinta anos, fenômeno que coloca em xeque as bases tradicionais que informam o regime jurídico-administrativo, como a vinculação da atividade administrativa à lei produzida pelo Parlamento e a legitimidade democrática da Administração Pública. Assim, a investigação aposta numa perspectiva diversa e pretende mover-se, igualmente, em diversa direção, comparativamente ao viés e ao fluxo da corrente doutrinária principal do direito administrativo brasileiro.

Para levar a cabo o intento, na Secção I é feito o enquadramento teórico da investigação partindo da identificação dos padrões de conhecimento geral para chegar à explicitação dos padrões de conhecimento jurídico dentro dos quais estão situadas as pré-compreensões metaéticas e ontognoseológicas sobre as quais assenta-se a opção teórico-metodológica pelo *realismo jurídico analítico*, cujas epistemologia e metodologia justificam a inclusão da doutrina e da jurisprudência como objetos da ciência jurídica porque percebem o direito em sua dupla subordinação à linguagem, ou seja, como produto de enunciados normativos originários do discurso das fontes (sentido semântico) e, também, como produto do discurso dos intérpretes (sentido pragmático).

A Secção II pretende apresentar uma síntese descritiva do processo de erosão do princípio da legalidade administrativa no Brasil. Reconhecendo-se outros usos da expressão “erosão da legalidade”, cumpre esclarecer que ela é utilizada neste trabalho para descrever a progressiva indeterminação do princípio da legalidade

administrativa por sua relativização pela doutrina e jurisprudência. Com recurso à bibliografia de direito administrativo brasileiro desde seus “pais fundadores”, busca-se situar um ponto de origem deste processo e classificando suas fases desde o *controle restrito* fundado na recepção das teses francesas sobre o abuso ou desvio de poder (*détournement de pouvoir*), passando pelo *controle amplo*, no qual inicia-se o deslocamento teórico-metodológico do tema da discricionariedade administrativa do campo político para o hermenêutico, até o estágio atual do *controle extremo*, iniciado na vigência da Constituição de 1988 e no qual as teses neoconstitucionalistas confrontam os enunciados do direito positivo expressos pelo texto constitucional.

A Secção III é dedicada a tentar revelar o “estado da arte” do controle da discricionariedade administrativa pelos tribunais brasileiros de última instância de controle da constitucionalidade (Supremo Tribunal Federal - STF) e legalidade (Superior Tribunal de Justiça - STJ), recorrendo a casos julgados para demonstrar o caráter errático e ambíguo do controle jurisdicional da discricionariedade administrativa realizado com base exclusiva na “ponderação” de princípios e na aferição da “proporcionalidade”, configurando um modelo de controle no qual a discricionariedade administrativa é simplesmente substituída pela discricionariedade judicial.

A investigação pretende demonstrar, ao fim e ao cabo, que o controle jurisdicional extremo da discricionariedade administrativa, nos moldes praticados no Brasil, não encontra fundamento no texto da Constituição da República e, dada a baixa densificação conceitual na doutrina administrativista e falta de clareza da jurisprudência sobre os temas relativos aos “princípios” e às técnicas de “ponderação” e de aplicação da “proporcionalidade” *in concreto*, este controle extremo, além de impactar negativamente a separação de poderes, a legalidade e a gestão da Administração Pública, coloca em risco a segurança jurídica dos agentes titulares de competências discricionárias, os quais estão sujeitos a ter decisões questionadas judicialmente para verificação da ocorrência de ato de improbidade que “atenta contra os princípios da Administração Pública”, nos termos do art. 11 da Lei 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa) sem parâmetros constitucionais ou legais claros e objetivos.

Ao final, apresenta-se uma síntese conclusiva de todo o percurso.

Secção I - Enquadramento teórico

§ 1º. *Objeto, objetivos e hipóteses*

Especificação do tema e dos objetivos

A atuação administrativa no Estado de Direito democrático deve estar submissa aos diversos mecanismos de controle institucionalizados para aferir sua conformidade à ordem jurídica (controles administrativo, legislativo e jurisdicional). O controle jurisdicional do exercício das competências administrativas vinculadas não enseja maior complexidade. Trata-se de sindicar *in concreto* a subsunção de condutas a competências veiculadas em textos normativos com alto grau de clareza e precisão quanto aos pressupostos, conteúdos e objetivos das ações administrativas, não restando para o agente público ao qual a competência é deferida margem de apreciação subjetiva sequer quanto ao tempo e modo de execução da lei (em sentido amplo), sob pena de incursão em ilegalidade ou abuso de poder. No Estado de Direito esta vinculação atua em duplo sentido: de um lado, submete a atividade do Estado-administração e seus agentes às leis, de outro, às decisões judiciais.¹

Se o controle do exercício das competências administrativas vinculadas não gera grandes dificuldades técnico-jurídicas, o exercício das competências administrativas discricionárias apresenta-se como desafio à interpretação e aplicação do direito pelos órgãos jurisdicionais, os quais, para efetivar o controle, têm de ingressar no espaço de autonomia conferido à atuação administrativa quando diante de situações em que se apresentem alternativas de escolha, razão pela qual David Duarte anota que a atribuição normativa de discricionariedade administrativa constitui “uma quebra no manto de regulação”, porque priva a administração pública de escolhas prévias do legislador e deixa margem a “um exercício criativo da função administrativa”.² Certo é que a atividade administrativa não se conforma com a generalização da competência vinculada porque tem de atender constantemente às

¹ Sobre a dupla subordinação da conduta vinculada, cfr. Hartmut Maurer, *Elementos de direito administrativo alemão* (trad. Luis Afonso Heck), p. 47, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.

² David Duarte, “A discricionariedade administrativa e a competência (sobre a função administrativa) do Provedor de Justiça”, p. 36, in *O Provedor de Justiça – Novos Estudos*, Lisboa: Provedoria de Justiça – Divisão de Documentação, pp. 35-77, 2008.

exigências de realidades multifacetadas sobre as quais é impossível previsão normativa exaustiva e, ao mesmo tempo, não se conforma à generalização de competências discricionárias que podem não oferecer a previsibilidade e segurança necessárias aos cidadãos administrados e à sociedade.

No Brasil, a revisão judicial (*judicial review*) dos atos administrativos é previsão constitucional desde a primeira Constituição da República (1889). Em que pese a Constituição de 1988 ter mantido inalterada a sindicabilidade dos atos administrativos ao conferir o caráter universal à jurisdição,³ a previsão inédita de um extenso rol de princípios de regência da atividade administrativa⁴ expandiu a incidência e aumentou a intensidade do controle jurisdicional. A previsão normativa veio acentuar a tradicional reivindicação da doutrina administrativista pátria quanto a preeminência do controle jurisdicional dos atos administrativos. Já na metade do século XX, diante do sistema de governo e da histórica hipertrofia dos poderes do Executivo, Miguel Seabra Fagundes anotava:

Ainda mais se acentua a importância do controle jurisdicional sobre os atos administrativos, porque, sendo o regime presidencial, caracteriza-se, particularmente, pela supremacia do Poder Executivo sobre o Legislativo, cujo controle sobre aquele é insignificante. Praticamente, no Poder Judiciário está o único elemento fiscalizador das atividades executivas.⁵

A disfunção político-institucional está na origem da formação de um consenso majoritário da doutrina de direito administrativo brasileiro que virá, no século XXI, postular o controle amplo e irrestrito da discricionariedade administrativa passando ao largo das ideias de autocontenção ou deferência judicial com fulcro na cláusula constitucional da separação de poderes⁶ e na legalidade administrativa, afastando-se da ideia de que as competências discricionárias têm seu sentido e sua razão de ser no próprio Estado de Direito e na natureza das atividades atribuídas à

³ CRB: “Art. 5º. (...) XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”

⁴ Constituição da República Federativa do Brasil (CRB): “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)” (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

⁵ *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, Terceira Edição atual., p.129, Rio de Janeiro: Edição Revista Forense, 1957.

⁶ CRB: “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”

Administração Pública, que tem a tarefa de encontrar “sob a consideração das circunstâncias concretas, uma solução conveniente ao caso particular e ajustada à coisa.”⁷

Diante da plethora de trabalhos doutrinários e decisões judiciais preocupados em dissecar a discricionariedade administrativa sob a perspectiva de seu controle pelo Poder Judiciário, esta dissertação nasce de uma inquietação científica que se afasta do objeto controlado e recai sobre as vicissitudes do modelo de controle, justificada pela percepção de que “se é verdade que o exercício descomposto da competência discricionária degenera em arbítrio e violação do direito, também é verdade que reduzi-la ou usurpá-la através da exacerbação dos mecanismos de controle inquina o ordenamento e ofende o interesse público.”⁸

Considerando-se que à montante do controle jurisdicional da discricionariedade administrativa estão as questões atinentes à problemática em torno da definição desta categoria jurídica, a investigação não contempla a revisão bibliográfica ou análise da dogmática sobre suas causas e fundamentos, restringindo-se ao enfoque sobre o modelo adotado para seu controle pelo Poder Judiciário brasileiro, tendo como objetivos:

a) descrever e analisar a contribuição teórica de parcela da doutrina de direito administrativo brasileiro que justifica o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa exclusivamente com base em princípios;

b) analisar o modelo brasileiro de controle jurisdicional *vis-à-vis* aos princípios constitucionais fundadores e estruturantes do regime jurídico administrativo, especialmente a separação de poderes, a legalidade administrativa e a legitimidade democrática da Administração.

a) O problema

O modelo constitucional de revisão judicial das decisões administrativas existe desde primeira constituição republicana (1889), contudo, após a promulgação da Constituição de 1988, o modelo vem passando por progressivas modificações em

⁷ Harmut Maurer, *Elementos de direito administrativo alemão...*, p. 49.

⁸ Antonio Rodrigues do Nascimento, “Conflito de interpretação normativa no controle interno da competência discricionária”, pp. 379-380, in *Administração Pública: desafios para a transparência, probidade e desenvolvimento - XXIX Congresso Brasileiro de Direito administrativo*, Coords. Valmir Pontes Filho, Fabrício Motta e Emerson Gabardo, Belo Horizonte: Fórum Editora, pp. 377-386, 2017.

decorrência da inédita centralidade dada à Constituição no decurso do período democrático mais longo da história brasileira, durante o qual o direito constitucional “passou da desimportância ao apogeu em menos de uma geração”⁹ e tornou-se diretriz de interpretação e fundamento de aplicação de todo o ordenamento jurídico. Neste período, a doutrina administrativista sofreu influência determinante das teses do chamado “neoconstitucionalismo”¹⁰ ou “constitucionalismo principialista”, quais sejam:¹¹

- 1) a conexão entre o direito e a moral;
- 2) a centralidade da distinção qualitativa entre princípios e regras para a interpretação e aplicação do direito;
- 3) a força normativa e vinculante dos princípios constitucionais se irradia por todo o ordenamento jurídico;
- 4) a ponderação de princípios e valores constitucionais como método sucedâneo e oposto à subsunção na interpretação e aplicação do direito;
- 5) a primazia do Poder Judiciário em relação ao legislador e ao administrador na interpretação dos princípios e valores da Constituição, permitindo ao Poder Judiciário contrastar toda e qualquer decisão discricionária com base apenas em princípios explícitos, como a *moralidade* e *eficiência*, ou implícitos, como a *proporcionalidade* e *razoabilidade*.

As teses sobre a constitucionalização do ordenamento jurídico¹² aliadas aos métodos interpretativos neoconstitucionalistas produziram efeitos devastadores

⁹ Cfr. Luís Roberto Barroso, “Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)”, p. 4, in *Revista de Direito Administrativo - FGV*, v. 240, pp. 1-42, 2005.

¹⁰ “O termo [neoconstitucionalismo] talvez tenha sido usado pela primeira vez em uma comunicação de Suzana Pozzolo no XVIII^o Congresso Mundial de Filosofia Jurídica y Social, acontecido em Buenos Aires, em 1997, e depois publicada em *Doxa* (Pozzolo, 1997). (...) a autora usa ‘neoconstitucionalismo’ para indicar, sem compartilhá-las, uma série de teses intermediárias ao jusnaturalismo e positivismo jurídico apoiadas por autores como Robert Alexy, Carlos Nino e Gustavo Zagrebelsky. (...) O neoconstitucionalismo foi redefinido pelo subscritor como teoria ou doutrina do direito intermediária ao jusnaturalismo e positivismo jurídico. O jusnaturalismo sustenta a tese da conexão necessária, o juspositivismo a tese da separabilidade, o neoconstitucionalismo a tese da interligação necessária entre direito e moral *limitadamente aos Estados constitucionais*, ou *constitucionalizados*: Estados caracterizados especialmente pela rigidez constitucional pelo controle de legitimidade constitucional das leis” (Mauro Barberis, “Neoconstitucionalismo” [trad. Do italiano por Juliana Salvetti], in *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, nº 7, Jan./ Jun. 2006, Vol. 1.)

¹¹ Cfr. Luigi Ferrajoli, “Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo”, in *Anais do IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional*, pp. 95-113, Curitiba: Academia Brasileira de Direito Constitucional, 2011; e, Luigi Ferrajoli, “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, in *DOXA - Cuadernos de Filosofía del Derecho*, pp. 15-53, nº 34, 2011.

¹² “Por ‘constitucionalización del ordenamiento jurídico’ propongo entender um proceso de transformación de um ordenamiento al término del cual el ordenamiento em cuestión resulta totalmente

sobre a doutrina jurídica nacional relacionada à discricionariedade administrativa, erigindo-se um consenso majoritário calcado em posições emotivas e consequentialistas que justificam o controle da jurisdição descolado do princípio da legalidade, fundado exclusivamente em técnicas argumentativas, a exemplo da definição de princípios implícitos ou balanceamento de princípios expressos.¹³

Ao que parece, a obviedade de que a previsão e o controle normativo da discricionariedade administrativa visam proteger os direitos individuais, coletivos e difusos contra a atuação do Estado-administrador com ilegalidade ou excesso de poder não tem encontrado correspondência na não menos óbvia constatação de que o controle jurisdicional apartado da “órbita das normas jurídicas” produz resultados tão antijurídicos e nocivos quanto o exercício desnormalizado da discricionariedade administrativa.¹⁴

A utilização das técnicas derivadas do(s) neoconstitucionalismo(s) pretendem diminuir ou até mesmo “reduzir a zero” as situações onde há margens para escolhas administrativas, prática que parece infensa às críticas ao crescente protagonismo judicial e que aponta para limites técnicos-institucionais da capacidade do Poder Judiciário de oferecer soluções concretas de natureza administrativa e para os riscos políticos que o alargamento da função jurisdicional pode representar para a legalidade, a separação de poderes, a legitimidade democrática da governança e a segurança jurídica.

A primazia do controle sobre atividade controlada é assegurado pela imediatidade e caráter satisfativo das decisões judiciais em contraste com o tempo político-administrativo das máquinas governamentais e a provisoriedade dos atos da

‘impregnado’ por las normas constitucionales. Um ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida, capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales.” (Riccardo Guastini, “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, *Estudios de teoría constitucional*, p. 153, México/DF: Fontamara, 2003.)

¹³ Para ilustração do aludido consenso na corrente principal do direito administrativo brasileiro quanto a força normativa dos princípios explícitos ou implícitos, cfr: Celso Ribeiro Bastos, *Curso de Direito Administrativo*, 4ª ed., pp. 23 e ss, São Paulo: Saraiva, 2000; Lucia Valle Figueiredo, *Curso de Direito Administrativo*, 5ª ed., pp. 37 e ss., São Paulo: Malheiros, 2001; Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, 28ª ed., pp. 95 e ss., São Paulo: Malheiros, 2011; Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito Administrativo*, 27ª ed., pp. 63 e ss., São Paulo: Atlas, 2013. Para a posição minoritária em sentido contrário, cfr.: Carlos Ari Sundfeld, *Direito Administrativo para cééticos*, pp. 60-84, São Paulo: Malheiros Editores, 2012; Marçal Justen Filho, *Curso de Direito Administrativo*, 12ª ed., pp. 61-107, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

¹⁴ Para “desnormalização” do controle da discricionariedade, cfr. David Duarte, *A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa – A teoria da norma e a criação de normas de decisão na discricionariedade instrutória*, p. 461, Coimbra: Almedina, 2006.

administração, inexoravelmente sujeitos ao controle prévio, simultâneo ou posterior, de modo que o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa no Brasil contemporâneo acabou por configurar um quadro de extrema judicialização da política que cria condições favoráveis ao ativismo judicial no qual “o julgador primeiro decide e depois vai procurar no sistema o fundamento textual de sua decisão. E aí faz parecer e mesmo pensa que trabalhou dedutivamente, a partir de uma regra previamente posta.”¹⁵ Esta interpretação e aplicação casuísticas da Constituição e das leis pelo Poder Judiciário no controle da discricionariedade administrativa coloca o Poder Judiciário em situação de conflito aberto com as instâncias políticas da administração, do Poder Legislativo e de determinados grupos sociais organizados, os quais disputam entre si o planejamento e execução das políticas públicas, programas e ações a cargo da função e das máquinas administrativas do Estado.¹⁶

O problema do controle jurisdicional disfuncional da discricionariedade administrativa fica evidente na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal - STF e do Superior Tribunal de Justiça - STJ, tribunais de vértice do Poder Judiciário brasileiro que além de consagrar a intervenção judicial para obrigar a administração à implementação de políticas públicas,¹⁷ sustentam simultaneamente distintas posições

¹⁵ João Maurício Adeodato, *A retórica constitucional – sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo*, 2ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 221. Sobre o estado da arte do ativismo judicial no Brasil, cfr. também Carlos Alexandre de Azevedo Campos, *Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*, Rio de Janeiro: Forense, 2014; Luís Roberto Barroso, “Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática”, *Cadernos [SYN]THESIS*, v. 5, n. 1, pp. 23-32, Rio de Janeiro, 2012; Elival da Silva Ramos, *Ativismo Judicial - Parâmetros Dogmáticos*, 1ª ed., 2ª tiragem, São Paulo: Saraiva, 2010.

¹⁶ Para judicialização da política como fenômeno mundial, cfr.: Chester Neal Tate e Torbjörn Vallinder (eds.), *The global expansion of judicial power*, New York: New York Univ. Press, 1995; Antoine Garapon, *O Guardador de Promessas - Justiça e Democracia* (trad. do francês *Le gardien des promesses: le juge et la démocratie* por Francisco Aragão, Lisboa: Instituto Piaget, 1998; Ingeborg Maus, “Judiciário como Superego da sociedade – O Papel da atividade jurisprudencial na ‘Sociedade órfã’” (trad. do alemão “Justiz als gesellschaftliches Über-Ich — Zur Funktion von rechtsprechung in der vaterlosen Gesellschaft”) por Martonio Lima e Paulo Albuquerque), in *Novos Estudos – CEBRAP*, n.º. 58, pp. 183-202, novembro 2000; *Judicialização da Política*, Luiz Moreira (Org.), São Paulo: 22 Editorial, 2012. Para judicialização da política no Brasil pós-1988, cfr.: Rogério Bastos Arantes, *Judiciário e política no Brasil*, São Paulo: Sumaré – Fapesp - Educ, 1997; Marcus Faro de Castro, “The courts, law and democracy in Brazil”, in *International Social Science Journal*, v. 152, pp. 241-252, 1997; Luiz Werneck Vianna, Marcelo Baumann Burgos e Paula Martins Salles, “Dezessete anos de judicialização da política”, in *Cadernos Cedes*, Campinas: Unicamp, n. 8, dez. 2006; Alexandre Veronese, “A judicialização da política na América Latina: panorama do debate teórico contemporâneo”, in *Escritos – Revista da Fundação Casa de Rui Barbosa*, Ano 3, n.º 3, 2009; Estefânia Maria de Queiroz Barboza e Katya Kozicki, “Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas”, in *Revista Direito GV*, vol. 8, n.º.1, São Paulo Jan./June 2012.

¹⁷ Dentre outros julgados, o STF reconhece que “é possível ao Poder Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas,

em relação ao controle do mérito administrativo *in concreto*. São identificadas, ao menos, cinco situações de decisões no STF e no STJ sobre o poder de controle do mérito administrativo, sendo que um mesmo ministro pode, em casos distintos, apresentar posicionamentos igualmente distintos sobre a matéria. Assim, a depender do caso, STF e STJ admitem o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa com base nas seguintes interpretações: 1) não se aceita a sindicabilidade do mérito administrativo pelo judiciário; 2) aceita-se o controle do mérito administrativo apenas quando se tratar de mero controle de legalidade; 3) controla-se indiretamente o mérito administrativo, “tentando preservar o máximo dos princípios constitucionais, por meio de um exercício de ponderação de valores envolvidos; 4) aceita-se a regularidade do controle do mérito administrativo em casos excepcionais; 5) afasta-se o controle do mérito administrativo em razão de inadequação de meio processual utilizado no exercício da pretensão jurisdicional.¹⁸ O “descontrole” do controle jurisdicional é o problema a ser examinado e que está inserido num quadro de exasperação da interferência do Poder Judiciário brasileiro nas decisões típicas das demais funções do Estado — fala-se mesmo em *supremocracia* para qualificar o resultado de decisões que “poderiam ser consideradas usurpadoras”¹⁹ — chegando-se ao ponto de um dos próprios ministros do STF reconhecer que tal postura gera o “temor” de que o desequilíbrio do mecanismo de freios e contrapesos venha permitir que “algum desavisado cogite da dissolução do Legislativo e Executivo ou, até mesmo, da abolição das eleições”.²⁰

b) As hipóteses

1) Hipótese formulada no plano da elaboração doutrinária

A primeira hipótese de trabalho é a de que os fundamentos dogmáticos da atividade de controle jurisdicional da discricionariedade administrativa elaborados

sem que haja ingerência em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo” (AI 734.487 AgR, rel. min. Ellen Gracie, j. 3-8-2010, 2ª T, DJE de 20-8-2010).

¹⁸ Levantamento da jurisprudência do STF e STJ, com ilustração de casos paradigmáticos para cada situação, realizado por Phillip Gil França, cfr. *Controle da Administração Pública – Combate à corrupção, discricionariedade administrativa e regulação econômica*, 4ª ed., pp. 175-188, São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

¹⁹ Oscar Vilhena Vieira, *A batalha dos poderes: Da transição democrática ao mal-estar constitucional*, p. 179, São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

²⁰ Ricardo Lewandowski, “Freios e contrapesos”, artigo publicado no jornal Folha de São Paulo, em 23/05/2018.

pela corrente principal da doutrina administrativista brasileira são incompatíveis com o sistema jurídico-político estruturado pelos enunciados normativos da Constituição, tratando-se de constructos ideológicos de natureza emotiva²¹ e consequencialista,²² calcados em recepções inadequadas ou acríticas de teorias originárias de sociedades e sistemas jurídicos diversos, resultando num amálgama das teses neoconstitucionalistas com aportes da doutrina administrativista europeia que prescrevem a revisão, nos marcos da constitucionalização de um “Estado pós-social”, do paradigma da legalidade administrativa.²³ Este labor doutrinário da corrente principal da doutrina administrativista nacional é responsável pela erosão do princípio da legalidade administrativa durante a vigência da Constituição de 1988, por meio do desgaste contínuo e progressivo dos fundamentos normativos da discricionariedade administrativa.²⁴

2) Hipótese formulada no plano da aplicação judicial do direito

Uma segunda hipótese, decorrente da primeira e complementar a ela, é a de que o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa no Brasil,

²¹ A função emotiva ou emocional do discurso não se prende à descrição de fatos ou interpretação de enunciados linguísticos; não se submete a regras e convenções sintáticas ou semânticas, tampouco pode ser objeto de verificação lógica porque repousa sobre julgamentos de valor puramente subjetivos. O emotivismo supõe a adoção de uma concepção causal acerca do significado das palavras, cujo uso não deve servir à finalidade de convencimento alheio, mas a processos psicológicos que causam ou são causados pelo uso das palavras (neste sentido, cfr. Carlos Santiago Nino, *Introducción al análisis del derecho...*, p. 363-366). Hans Kelsen afirma que “um julgamento de valor é a afirmação de que algo é declarado como fim, um fim último que, em si, não é meio para um fim posterior”, por isso, “uma justificação da função emocional pela [função] racional está excluída em princípio” (*Teoria Geral do Direito e do Estado*, p. 11, São Paulo: Martins Fontes, 2000). Referência à análise emotiva da discricionariedade administrativa pode ser encontrada em David Duarte, op. cit., pp. 459-465

²² “Consequencialismo jurídico”, *lato sensu*, refere-se a “qualquer programa teórico que se proponha a condicionar, ou qualquer atitude que condicione explícita ou implicitamente a adequação *jurídica* de uma determinada decisão judicante à *valoração das consequências* associadas à mesma e às suas alternativas” (Luis Fernando Schuartz, “Consequencialismo Jurídico, Racionalidade Decisória e Malandragem” [itálicos no original], in *Revista de Direito Administrativo* - FGV, v. 248, pp. 130-158, Rio de Janeiro, 2008. Chaïm Perelman define o consequencialismo como meio de “superação” das normas pelas consequências da decisão (cfr. *Lógica jurídica*, pp. 221-222, São Paulo: Martins Fontes, 1998).

²³ Cfr., neste sentido, Vasco Pereira da Silva, *O contencioso administrativo no divã da psicanálise: ensaio sobre as acções no novo processo administrativo*, 2ª ed. atualiz., Coimbra: Edições Almedina, 2009; Paulo Otero, *Legalidade e Administração Pública: O sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, 2ª reimp., Coimbra: Almedina, 2003.

²⁴ O termo *erosão* é adotado por conotação. Nas ciências agrárias denota “o processo de desagregação e arrastamento acelerado de componentes do solo, tendo como causa a ação da água e dos ventos, constatando a interveniência de forças ativas como a chuva, o vento, a topografia e as propriedades físico-químicas do solo.” (B. L. S. SEIXAS. *Fundamentos do manejo e da conservação do solo*, p. 304, Salvador: Centro Editorial e Didático da UFBA, 1984).

desapegado do princípio da legalidade, usurpa da função administrativa sua legitimidade decisória e confere ao Poder Judiciário, nas palavras do ministro do STF Luís Roberto Barroso, o papel de “representante argumentativo da sociedade” (citando Robert Alexy), auto investido de uma “função iluminista” imbuída do dever de “legitimamente, *empurrar a história* (...) com certa dose de prudência e ousadia”,²⁵ papéis absolutamente incompatíveis com os princípios constitucionais da separação de poderes, da legalidade, da segurança jurídica e, ainda, com legitimidade democrática da Administração Pública.

²⁵ Cfr. “A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria”, passim, in Oscar Vilhena Vieira e Rubens Glezer (orgs.), *A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso*, pp. 25-77, Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017. (itálicos no original). Neste revelador artigo, Barroso concede que algumas decisões do STF possam ter “ultrapassado a fronteira aceitável”, porém, segundo ele, “nos poucos casos em que isso ocorreu, o próprio tribunal cuidou de remediar” (p. 65).

§ 2. Padrões conceituais concorrentes para definição do direito e da ciência jurídica

(i) Duas questões preliminares

A atividade científica pode ser definida como um contínuo trabalho de investigação racional e de elaboração, manejo e crítica de conceitos pertinentes aos campos nos quais a atividade está inserida. Tal processo de *conceituação*²⁶ exprime-se pelo uso da linguagem estruturada em enunciados e proposições que pretendem explicar os elementos recortados da realidade pelo investigador. Os conceitos são veículos linguísticos que contém significados e transmitem o conhecimento produzido,²⁷ de modo que o labor científico ocorre sempre dentro de um “universo-de-linguagem” e de uma “comunidade-do-discurso.”²⁸

Da irreducibilidade das perspectivas que se veem compelidas à reconstituição abstrata da realidade decorre que a apreensão e descrição desta se dá sempre de acordo com a singularidade dos interesses e pré-compreensões dos sujeitos cognoscentes,²⁹ assim, a conceituação tem uma “função seletiva em face do real”, porque representa, necessariamente, “apenas um ponto de vista, a partir do qual encara o ser em sua inabordável heterogeneidade.”³⁰ Aplicadas à ciência jurídica,³¹ a generalidade

²⁶ Caio Prado Jr. afirma que “devemos de preferência falar em *conceituação*, o que dá melhor idéia desse conjunto dinâmico formado pelo conceito, desta trama complexa em perpétua transformação e ‘devenir’ que caracteriza a nossa representação mental e conhecimento” (*Dialética do Conhecimento*, São Paulo: Ed. Brasiliense, 1980, pp. 75-76, itálicos no original).

²⁷ A linguagem é um repertório de nomes associados a determinados objetos de tal modo que os nomes se tornam representantes linguísticos dos objetos. Para retenção e comunicação de significados como propósito de explicação do objeto e uma das “condições mínimas de cientificidade”, cfr. David Duarte, op. cit., pp. 35-42.

²⁸ Lourival Vilanova, *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*, pp. 1-4, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1977.

²⁹ Cada sujeito é compelido a “traçar uma borda - seja em teoria ou tecnologia” ao redor do objeto de sua investigação na tentativa de “conter o buraco de ignorância” que lhe pareça “insuportável” (Alfred Jerusalinsky, *Psicanálise: Instituição – Transmissão*, p. 3, apud Elizabeth dos Reis Sanada, in “A ‘verdade’ da ciência a partir de uma leitura psicanalítica”, *Psicologia USP*, vol. 15, nº 1-2, pp. 183-194, Jun. 2004. Para a importância da pré-compreensão como “condição (positiva) da possibilidade de compreender”, cfr. Karl Larenz, *Metodologia da ciência do direito*, 7ª ed., pp. 285-293, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014.

³⁰ Lourival Vilanova, “Sobre o Conceito do Direito”, in *Escritos Jurídicos e Filosóficos – Vol. 1*, Brasília: Axis Mundi Editora - IBET, pp. 6-7, 2003.

³¹ Quanto à definição de uma “teoria científica do direito” (*wissenschaftstheorie*), cfr. Ulfrid Neumann, “Teoria científica da ciência do direito”, in A. Kauffmann e W. Hassemer (orgs.), *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*, 3ª ed., Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2015, pp. 463-479. Quanto às “possibilidades científicas da narrativa da ciência jurídica”, cfr. David Duarte, *A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa – A teoria da norma e a criação de normas de decisão na discricionariedade instrutória*, pp. 21-27, Coimbra: Almedina, 2006.

destas afirmações iniciais apontam para, ao menos, duas tarefas essenciais ao enquadramento teórico do tema da investigação.

A primeira decorre irredutibilidade das subjetividades diante do reconhecido grau de relativismo inerente às ciências sociais, circunstância que não deve afastar da ciência jurídica a pretensão de que seus enunciados, proposições e teorias venham a traduzir verdadeiramente as realidades descritas, mesmo que o desenvolvimento de investigações supervenientes venham confrontá-los e negá-los,³² haja vista que as verdades das ciências estão condicionadas aos limites próprios do conhecimento humano em determinada época,³³ conformando sistemas de crenças verdadeiras e justificadas auferidas mediante o uso de métodos aceitos como idôneos pela comunidade-do-discurso ao qual se conecta a investigação.³⁴

O uso do método apresenta-se, pois, como condição funcional necessária — ainda que insuficiente — à realização da ciência entendida como um processo racionalmente controlável para adquirir conhecimento sistematizado do real.³⁵ A

³² No sentido da exigência de mecanismos de controles intersubjetivos da veracidade ou validade das proposições nas ciências naturais ou sociais, cfr. José Souto Maior Borges, *Ciência feliz: sobre o mundo jurídico e outros mundos*, Recife: Fundação de Cultura Cidade do Recife, 1994, pp. 106-109. Para “relativismo” e “tolerância metodológica” como condições indispensáveis às ciências sociais, cfr. Fernando Herren Aguillar, *Metodologia da Ciência do Direito*, São Paulo: Editora Max Limonad Ltda., 1996, 62-72. Sobre a verdade como uma das “condições mínimas de cientificidade” e os diferentes modos sob os quais apresenta-se nas ciências, cfr. David Duarte, *A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa* (...), pp. 39-41.

³³ Tanto o “falsificacionismo” de Karl Popper, quanto as “revoluções científicas” de Thomas S. Kuhn e o “pluralismo metodológico” de Paul Feyerabend, compartilham da visão de que a ciência não se desenvolve por mera acumulação de novas verdades. À exceção dos períodos de ciência “normal” (Kuhn) ou “não revolucionária” (Popper), as mudanças teóricas não são cumulativas, tampouco contínuas. Há discordância, todavia, quanto as razões do progresso científico: Popper afirma que teorias são confrontadas para aumentar o “conteúdo de verdade” da ciência; Kuhn caracteriza o progresso científico em termos da capacidade de “solução de enigmas”; Feyerabend dá o destaque à subjetividade para o progresso científico, que exigiria pessoas “adaptáveis e inventivas, não rígidos imitadores de padrões comportamentais ‘estabelecidos’.” Para o debate entre os autores citados, cfr. Imre Lakatos e Alan Musgrave (orgs.), *A crítica e o desenvolvimento do conhecimento - Quarto volume das atas do Colóquio Internacional sobre Filosofia da Ciência, realizado em Londres em 1965*, São Paulo: Editora Cultrix/Editora Universidade de São Paulo, 1979, passim.

³⁴ Sobre a distinção entre “crença verdadeira” e “conhecimento”, cfr. J. W. Cornman, K. Lehrer, G. Pappas, *Philosophical Problems and Arguments: An introduction*, New York: Macmillan Publishing Co., Inc., 1983, pp. 42-44).

³⁵ Para Eva Maria Lakatos e Marina de Andrade Marconi, o conhecimento produzido senso comum não se diferencia do conhecimento científico pela veracidade ou pela natureza do objeto conhecido, o que os diferencia é a utilização do método (cfr. *Metodologia científica*, São Paulo: Atlas, 1986, p. 18). Para o método como condição essencial à “exatidão do conceito de ciência”, cfr. Ulfrid Neumann, “Teoria científica da ciência do direito”, in A. Kauffmann e W. Hassemer (orgs.), *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*, 3ª ed., Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2015, p. 466. Carlos Santiago Nino considera que a palavra “ciência” se confunde com a palavra “método” numa relação “*proceso-producto*”, pois, “la expresión es usada en un contexto para describir una serie de actividades o procedimientos científicos, o el conjunto de proposiciones que constituyen el resultado de tales actividades.” (*Introducción al análisis del derecho...*, p. 318).

insuficiência do método para justificar plena e coerentemente uma crença decorre de sua natureza instrumental por definição (*methodos*, do grego *metá*: através, conforme + *hodos*: caminho). A escolha de determinado método pressupõe ideias que não podem ser explicadas “cientificamente” porque a mera tentativa de fazê-lo já remete o pesquisador a instante anterior à própria ciência, que diz respeito às condições e limites do próprio conhecimento humano. Uma justificação científica exige, pois, que conceitos e opções metodológicas adotadas apresentem-se de forma clara e coerente com as concepções pressupostas sobre as próprias possibilidades e limites do conhecimento humano que são objeto da *epistemologia* (*episteme* = conhecimento + *logos* = discurso, também designada “teoria do conhecimento”), que tem por objetivo tentar identificar e analisar as conexões e limites do conhecimento com a realidade do ponto de vista filosófico, biológico, psicológico, linguístico, lógico, jurídico etc..³⁶ Assim, a preocupação inicial é aclarar as predeterminações do pensamento que constituem os pressupostos da investigação científica.

A segunda tarefa resulta do recorte temático e dos objetivos da investigação. É que a tentativa de descrever o modelo de controle jurisdicional da discricionariedade administrativa no Brasil e demonstrar a hipótese de que há um afastamento deste controle em relação ao princípio da legalidade que tem levado progressivamente à usurpação da função política-administrativa por parte do poder judiciário com base em teses emotivas e decisões consequencialistas, impõe à partida o esclarecimento da concepção do “direito” que se pressupõe e que justifica a pertinência da inclusão dos enunciados da doutrina e da jurisprudência no objeto da ciência jurídica.

A tarefa não parece trivial. Nas ciências naturais os objetos investigados são recortados do mundo físico, são exteriores à mente dos cientistas, circunstância que ao menos em tese facilitaria sua verificação e comunicação intersubjetiva. Nas ciências sociais os objetos de estudo são produtos de “estados mentais” ou “condições que envolvem estados mentais”, razão pela qual o problema de sua definição é “endêmico” nesta searas do conhecimento humano.³⁷ Não por outro motivo Carlos

³⁶ Miguel Reale propõe o termo *ontognoseologia* para designar, genericamente, a teoria do conhecimento sobre “toda e qualquer forma do conhecimento”, reservando o termo *epistemologia* para denominar uma “especificação daquela [ontognoseologia], ou o seu desenvolvimento *in concreto* no âmbito de cada ramo das ciências positivas.” (*Filosofia do Direito*, 12ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 1987, pp. 26-34).

³⁷ Para “confusão endêmica” nas ciências sociais para definição do objeto, cfr. Jeffrey C. Alexander, “O novo movimento teórico”, texto apresentado no *X Encontro Anual da ANPOCS - Associação Nacional de*

Santiago Nino vai afirmar que “seguramente, nem os físicos, nem os químicos, nem os historiadores, etc., teriam tantas dificuldades para definir o objeto de seu estudo como têm os juristas”, circunstância atribuída à “adesão [dos juristas] a uma certa concepção platônica a respeito da relação entre a linguagem e a realidade”, levando o autor a recomendar a conveniência de se descobrir as distinções conceituais importantes, “que pressupomos sem ter consciência dela e cujo desprezo pode provocar pseudo-questões filosóficas”.³⁸

Portanto, além das considerações iniciais sobre os pressupostos do conhecimento geral, entende-se necessária uma sucinta incursão sobre as determinações do próprio conhecimento jurídico.

(ii) Dos padrões de conhecimento geral aos padrões de conhecimento jurídico

a) Concepções internistas e externistas sobre o conhecimento

Sob as designações genéricas de *internismo* (*internalism*) e *externismo* (*externalism*), abrigam-se diversas teorias epistemológicas diferenciadas umas das outras, especialmente, pela postura definida quanto às possibilidades do conhecimento humano e do tipo adequado de justificação para este. A justificação do conhecimento, condição indispensável ao trabalho científico, pode ser apresentada como um fato, propriedade, estado ou condição epistemicamente adequados para formar ou manter uma crença.³⁹

As posições internistas postulam que o conhecimento da realidade depende totalmente do sujeito (mediador entre sua própria mente e a realidade), e que a justificação desse conhecimento deve necessariamente ser acessível, por introspecção ou reflexão, à consciência do próprio sujeito (o sujeito deve saber o

Pesquisa e Pós-Graduação em Ciências Sociais, em outubro de 1986, Campos do Jordão/SP (trad. do inglês “The New Theoretical Movement” por Plínio Dentzien).

³⁸ *Introducción al análisis del derecho*, 2ª ed., ampl. y rev., 12ª reimp., Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2003, p. 11 -16.

³⁹ “Existen concepciones externistas o internistas del conocimiento, de la justificación epistémica y del contenido mental. No hay, por tanto, una definición general de lo que es una posición externista o internista, sino que la distinción ha de plantearse en relación a cada uno de los ámbitos mencionados. (...) conviene subrayar que defender el externismo en cuanto al conocimiento, por ejemplo, ni implica ni presupone el externismo en cualquiera de los otros dos ámbitos.” (Tobies Grimaltos y Valeriano Iranzo, “El debate Externismo/Internismo en la justificación epistémica”, in *Cuestiones de Teoría del Conocimiento*, Daniel Quesada [ed.], Madrid: Tecnos, 2009, pp. 33-76).

porquê sua crença é verdadeira). A representação mental (ou ideal) da realidade física (ou natural) e sua justificação (quando há), para o internismo, possuem uma natureza diferente da realidade representada e não estão subordinadas às mesmas leis, tendo o conhecimento precedência sobre a ação ou comportamento do sujeito.

As posições externistas definem-se pela negação do internismo: os fatores internos acessíveis de algum modo ao sujeito pela via da reflexão ou introspecção são insuficientes, por si sós, para decidir a justificação de uma crença, pois, para o externismo o conhecimento da realidade resulta, ao menos em parte, da interação entre o comportamento (ou ação) do sujeito e fatores externos que interferem e condicionam a percepção mental da realidade; assim quando há justificação adequada do conhecimento nem sempre ela será acessível à consciência do sujeito (o sujeito não sabe o porquê sabe, mas sua crença não deixa de ser verdadeira).⁴⁰ O comportamento do sujeito, para o externismo, afeta a realidade exterior que também é percebida de diferentes maneiras de acordo com a perspectiva e método pelos quais é abordada.

A concorrência entre concepções internistas e externistas pautam a filosofia e teorias do conhecimento desde a antiguidade clássica,⁴¹ demarcando os pressupostos epistemológicos em todos os campos da ciência moderna (v.g., racionalismo *versus* empirismo) e contemporânea (v.g., semântica *versus* pragmática).⁴² Tais concepções gerais sobre condições e limites do conhecimento humano tanto podem ser encaradas como opostas e excludentes quanto afins e complementares. Uma razão para buscar a conciliação ou demonstrar a compatibilidade entre elas é a constatação de que “indiscutivelmente, a verdade da crença

⁴⁰ Para uma descrição geral das concepções internistas e externistas da justificação do conhecimento, cfr. Tobías Grimaltos, “Internismo y externismo en epistemología” (2018), *Enciclopedia de la Sociedad Española de Filosofía Analítica*. Para o debate epistemológico sobre a conexão ou separação entre conhecimento e justificação, cfr. João Batista C. Sieczkowski, “Conhecimento e justificação: a origem de debate entre internalismo vs. Externalismo”, in *Filosofia Unisinos*, 9(3) set/dez 2008, pp. 228-242.

⁴¹ Platão afirma que o conhecimento verdadeiro é de natureza diversa do conhecimento da realidade sensível: o mundo das ideias é perfeito, imutável e eterno, coexistindo com o mundo físico, que é imperfeito, mutável e corruptível, seguindo-se daí que o conhecimento verdadeiro é o conhecimento das ideias e o conhecimento do mundo sensível um obstáculo ao primeiro. Já em Aristóteles, o mundo sensível é inteligível, ou seja, a “essência” das “substâncias” do mundo físico pode ser apreendida pela inteligência humana, validando-se, assim, o conhecimento de base empírica.

⁴² Para uma análise descritiva dos modelos semânticos e pragmáticos na teoria do conhecimento contemporânea, cfr. Luiz Henrique de Araújo Dutra, *Pragmática da investigação científica*, São Paulo: Edições Loyola, 2008, *passim*.

é uma questão externa ao sujeito, mas as indicações da verdade da crença só podem ser relevantes quando estão situadas dentro da perspectiva cognitiva do sujeito”.⁴³

b) Universalismo e jusnaturalismo *versus* historicismo e juspositivismo

Os padrões do conhecimento das concepções internismo/externismo guardam relação epistêmica com as correntes universalistas/historicistas das ciências sociais, e estas, por sua vez, são a um só tempo nascentes e estuários das teorias jusnaturalistas e juspositivistas, pois, o conhecimento jurídico é produzido de acordo com a percepção de realidade do sujeito, ou em outros termos, a realidade da qual o jurista “toma consciência”, seu modo peculiar de ver o direito.⁴⁴ A dualidade de concepções quanto às possibilidades e limites do conhecimento humano vai refletir-se na filosofia do direito e na ciência jurídica, encontrando expressão nas correntes *universalistas* e *historicistas* do direito,⁴⁵ as quais conformam padrões epistêmicos e formulações teórico-metodológicas que perpassam a história do direito.⁴⁶

O *universalismo jurídico* recusa os métodos empíricos de verificação da realidade e identifica a “natureza” ou a “razão” como valores puramente abstratos, universais e atemporais, superiores ao direito posto pelos homens, ainda que suscetíveis de conhecimento pelos juristas por meio da indução que justifica as doutrinas *jusnaturalistas*, sintetizadas por Riccardo Guastini em “três teses conexas”:

1) normas jurídicas não são simples fatos, mas valores que devem ser aceitos como guias de comportamento;

2) normas jurídicas não dependem de “atos concretos de vontade (ou de linguagem)”, pois já estão dadas na “natureza dos homens, na natureza das coisas” como valores anteriores ao ato normativo humano e independente deste;

⁴³ Kátia M. Etcheverry, “O Problema da Justificação Fundacional Internalista na Epistemologia Contemporânea”, p. 128, in *Filosofia na PUCRS: 40 anos do Programa de Pós-Graduação em Filosofia: 1974 – 2014 - Série Filosofia – nº 224*, Agemir Bavaresco et al. (orgs.), Porto Alegre: EDIPUCRS/Editora Fi, 2014, pp. 111-131.

⁴⁴ Quanto aos “diferentes modos de ver o direito”, cfr. Eros Grau, *O direito posto e o direito pressuposto*, 9ª ed. rev. e ampl., São Paulo: Malheiros Editores, pp. 19-43.

⁴⁵ Para um painel histórico do confronto teórico-metodológico entre concepções universalistas e historicistas no direito, cfr. Fernando Herren Aguillar, *Metodologia da Ciência do Direito...*, pp. 74-120.

⁴⁶ Recasens Siches, ao analisar “la historicidad de los ideales juridicos valores e historia en la vida humana”, refere-se a este debate clássico na filosofia do direito como “el drama entre razón e historia” (*Tratado General de Filosofia del Derecho*, México, D.F.: Editorial Porrúa 1965, p. 422).

3) conhecer a “natureza” não é conhecer só os fatos, mas também normas, entendidas como valores; logo, existem normas que podem ser extraídas do simples conhecimento abstrato (valoração), e às quais se deve obediência.⁴⁷

As concepções jusnaturalistas-universalistas pré-modernas (cosmológica e teológica) e modernas (racionalista), todas baseadas na afirmação de leis naturais (*lex naturalis*) acima do direito positivo (*lex humana*),⁴⁸ sofreram, por assim dizer, um *aggiornamento* na contemporaneidade, resignando-se à justificação da conexão entre valores morais, éticos e políticos na determinação e aplicação do ordenamento jurídico-positivo, desiderato perseguido pelo jusnaturalismo por meio do constante aperfeiçoamento de teorias da argumentação prática endereçadas aos aplicadores do direito, notadamente aos juízes, para produção de decisões “justas”, albergando-se muitas de suas teses sob o rótulo genérico de “pós-positivismo”.⁴⁹

Já o *historicismo jurídico* aceita a superioridade dos fatores empíricos, sociais e locais para determinação do direito. Norberto Bobbio assinala que “foi precisamente no quadro geral da polêmica antirracionalista conduzida na primeira metade do século XIX pelo historicismo (...), que acontece a ‘dessacralização’ do direito natural”; ressaltando que apesar da chamada “escola histórica do direito” — cujo maior expoente foi Savigny — e o “positivismo jurídico” não significarem a mesma coisa, “a primeira preparou o segundo através de sua crítica radical do direito natural.”⁵⁰

O jusnaturalismo, por assentar o conhecimento do direito sobre valores morais, éticos e políticos cuja descrição não se assujeita a juízos de verificação lógica ou empírica é descartado como instrumento teórico-metodológico na investigação em curso como “uma ideologia em busca de institucionalização” utilizada para “justificar a conversação ou as subversões dos ordenamentos jurídicos.”⁵¹

⁴⁷ *Das fontes às normas*, São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 350.

⁴⁸ Norberto Bobbio ilustra o conflito com exemplo colhido da *Antígona*: a protagonista da tragédia recorre ao direito não escrito, “posto pelos próprios deuses”, em oposição ao decreto de Creonte (direito positivo). *O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito*, São Paulo: Ícone, 1995, p. 25.

⁴⁹ Para uma descrição do pós-positivismo, genericamente considerado, cfr. José Roberto Barroso, *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 250).

⁵⁰ *O Positivismo Jurídico...* pp. 45-53.

⁵¹ Pierluigi Chiassoni, *O enfoque analítico na filosofia do direito: de Bentham a Kelsen* (trad. do italiano *L'indirizzo analitico nella filosofia del diritto*, vol. 1: *Da Bentham a Kelsen*), São Paulo: Editora Contracorrente, 2017, p. 518.

As origens do positivismo jurídico, compreendido como uma filosofia e uma teoria científica do direito,⁵² são identificadas por Pierluigi Chiassoni a partir de dois modelos disciplinares do século XIX: a “*general jurisprudence*” inglesa, também denominada “*analytical jurisprudence*” (“jurisprudência geral” ou “jurisprudência analítica”), e a “*allgemeine Rechtslehre*” (“teoria geral do direito”) alemã.⁵³ A resultante dessas duas grandes vertentes do pensamento jurídico ocidental é multifacetada. São constatadas três acepções para o termo “positivismo jurídico”: um *método* de abordagem avalorativa do direito; uma *teoria* do direito enquanto ordenamento jurídico, e uma *ideologia* do direito. Interessa-nos apenas o método e a teoria do direito, descartando-se como inservível à tentativa de elaboração científica o *positivismo ético* ou *formalista*, ideologia derivada de uma teoria metaética moralista — e neste sentido, aparentada com o jusnaturalismo conservador — a prescrever a obediência ao direito posto.⁵⁴

Por oposição às três teses fundamentais dos jusnaturalismos, Riccardo Guastini aponta as três ideias que constituem “o cerne de todas as versões do positivismo jurídico”:

- 1) normas jurídicas são simples fatos e não valores, pode-se tomar conhecimento delas sem aceitá-las ou obedecê-las;
- 2) não existem normas jurídicas dadas pela natureza, sua existência é dependente do uso da linguagem e da vontade humana (ato linguístico normativo);
- 3) conhecer a natureza é conhecer fatos, não valores, não sendo possível extrair normas do simples conhecimento.⁵⁵

O positivismo jurídico contemporâneo, em qualquer de suas versões, foi irremediavelmente afetado pelo chamado *linguistic turn* (“virada” ou “giro linguístico”) da filosofia no século XX.⁵⁶ Os programas de pesquisa jurídica juspositivistas

⁵² Para Arthur Kaufmann, “no fundo, a teoria do direito só se distingue da filosofia do direito pelo seu motivo: o que está em causa é a ‘*emancipação*’ face à filosofia; o jurista quer responder ele próprio às questões filosóficas do direito, através de uma espécie de ‘filosofia dos Juristas’ por ele dirigida.” (“Filosofia do direito, teoria do direito, dogmática jurídica”, in A. Kauffmann e W. Hassemer [orgs.], *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas...*, pp. 34-35)

⁵³ *O enfoque analítico na Filosofia do Direito: de Bentham a Kelsen*, São Paulo: Contracorrente, 2017, pp. 23-24.

⁵⁴ Para o *positivismo ético* enquanto “ideologia do direito” e suas versões *forte* ou *extremista* e *fraca* ou *moderada*, cfr. Norberto Bobbio, *O Positivismo Jurídico...* pp. 223-232. Para o positivismo jurídico como uma “teoria metaética” e uma “variante do jusnaturalismo-conservador”, cfr. Riccardo Guastini, *Das fontes às normas...*, pp. 355 e 358-359.

⁵⁵ *Das fontes às normas...*, pp. 351-352.

⁵⁶ O termo “*linguistic turn*” é utilizado para referir-se à peculiar abordagem linguística do “positivismo lógico” (“empirismo lógico” ou “neopositivismo”) pelo chamado “Círculo de Viena”, responsável pela

incorporaram os problemas linguísticos e assimilaram os métodos da filosofia analítica, colocados no centro das principais investigações do direito, como demonstram a obra de autores de referência do pensamento jurídico do século passado, a exemplo de Hans Kelsen (*Teoria Pura do Direito*), Alf Ross (*Direito e Justiça*), Herbert L. A. Hart (*O conceito de direito*) e Joseph Raz (*A autoridade do direito*). O giro linguístico atualizou e qualificou importantes versões teóricas do positivismo que abordam o direito sob as perspectivas semântica, sintática e pragmática.

A denominação genérica *positivismo científico* é utilizada para descrever genericamente as teorias do direito que fazem a distinção entre o direito “real” (enunciados do direito positivo) e o direito “ideal” (valores) ou, ainda, entre o direito “existente” e o “direito imaginado ou desejado”, e que, tratando-se de teorias da ciência jurídica, distinguem “juízos de fato” (enunciados da linguagem descritiva típicos do discurso científico e suscetíveis de veicularem proposições verdadeiras ou falsas) e “juízos de valor” (enunciados da linguagem prescritiva e valorativa característicos do discurso moral, insuscetíveis de serem considerados verdadeiros ou falsos).⁵⁷

Isto posto, a primeira asserção rumo à definição do enquadramento teórico-metodológico é no sentido de que a presente investigação se desenvolve no campo do positivismo científico, fundado sobre as teses de que todo direito é direito positivo (monismo) e de que a ciência jurídica deve ser livre de valores, ou seja, deve descrever o direito e não o avaliar como justo ou injusto, tarefa deixada à política ou à moral (separação absoluta). Contudo, diante da generalidade do rótulo em que se converteu o termo “positivismo jurídico”,⁵⁸ largamente utilizado para designar

releitura dos problemas filosóficos como problemas de linguagem (“filosofia analítica”). A expressão foi popularizada pela publicação da coletânea *The Linguistic Turn: Essays in Philosophical Method* (org. Richard Rorty, 1967). Inicialmente aplicada apenas às doutrinas analíticas, a expressão passou a designar qualquer filosofia ou teoria ocupada da relação entre palavras e coisas. A inclusão de doutrinas não analíticas no contexto da *linguistic turn* teria se dado “menos por uma *ampliação* do seu sentido original do que por uma *assimilação* arbitrária daquelas à orientação desta. (...) Os autores não analíticos, por vezes, parecem ‘ingênuos’ por não levarem em conta certos consensos do paradigma linguístico, elevados a ‘evidências’ do pensamento contemporâneo.” (cfr. Evaldo Sampaio, “A virada linguística e os dados imediatos da consciência” (itálicos no original), in *Trans/Form/Ação*, vol. 40 nº 2, Marília, Apr. /June 2017).

⁵⁷ Riccardo Guastini, “Dos concepciones de las normas” ..., p. 352.

⁵⁸ Aluda-se às mais proeminentes teses arroladas sob o rótulo: tese da separação absoluta entre o direito e fatos sociais do normativismo metodológico de Hans Kelsen (*Teoria Pura do Direito*); a tese social do positivismo inclusivo de Herbert L. A. Hart (*O conceito de direito*); a tese das fontes do positivismo exclusivo de Joseph Raz (*The authority of law. Essays on law and morality*) e, ainda, as teses dos “realismos jurídicos” estadunidenses nas versões, v.g., de Oliver Wendell Holmes (*The Common Law*), Karl Llewellyn (*Jurisprudence: Realism in Theory and Practice*) e Jerome Frank (*Law and the modern mind*); dos realismos analíticos escandinavos, v.g., de Alf Ross, (*Towards a Realistic Jurisprudence*) e Karl

múltiplos sentidos,⁵⁹ impõem-se delinear sinteticamente os elementos considerados de maior relevo para identificar com precisão as referências conceituais e a metodologia de que se lança mão na investigação.

(iii) Padrões cognitivistas e não cognitivistas nos planos metaético e científico

a) Padrões metaéticos no campo jurídico

Sob as grandes angulares da metaética, exsurtem as duas vertentes dos positivismos científicos contemporâneos determinadas pelas relações admitidas entre o direito e a moral, a saber, o *cognitivismo* e o *não-cognitivismo*, identificadas pelas respectivas concepções sobre a natureza e as propriedades da experiência ético-moral. Enquanto a ética normativa ou aplicada busca responder questões referentes ao conteúdo dos juízos morais, *v.g.*, justo/injusto, bem/mal, certo/errado etc., a metaética é o ramo da filosofia moral que investiga a própria natureza e as propriedades (não os conteúdos) dos juízos e comportamentos ético-morais. Aplicada ao direito e à ciência jurídica, a metaética procura dar respostas (ou oferecer perguntas) sobre a viabilidade (ou não) da justificação racional e objetiva de uma conexão entre as regras e princípios jurídicos e os valores ético-morais, voltando-se para a tentativa de compreensão da natureza ou do processo de formação destes últimos por meio de indagações como: “qual a relação entre fatos e valores?” ou “qual o grau de objetividade de um valor?” As respostas vão configurar tradições éticas específicas no campo jurídico, a saber:

1) o *amoralismo* (ou *niilismo*), especificação do não-cognitivismo que rejeita a possibilidade de identificação de uma “realidade moral” da qual possa se extrair juízos objetivos sobre certo e errado;

2) o *emotivismo* (ou *expressionismo*), especificação do não-cognitivismo que não rejeita a possibilidade de identificação de uma “realidade moral” dotada de algum sentido, todavia, nega-lhe a possibilidade de comunicação objetiva, afirmando que valores não se prestam para descrever estado de coisas ou situações de fato,

Olivecrona (*Law as Fact*) e italiano de Giovanni Tarello (*Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*).

⁵⁹ David Duarte assinala que “o desconhecimento generalizado sobre o rótulo que o positivismo consubstancia já chegou a um ponto em que é o próprio conceito o seu principal inimigo, em razão da multiplicidade de sentidos que já compreende.” (*A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa...* nota nº 65, p. 53).

servindo tão somente para transmitirem emoções ou atitudes do emissor do enunciado valorativo;

3) o *construtivismo*, especificação do cognitivismo que reconhece a existência de uma “realidade moral”, contudo, a concebe como produto social e racional, derivado da análise e julgamento coletivo das ações que devem ou não ser aceitas como práticas sociais; para o construtivismo os juízos ético-morais resultam de processos coletivos de construção argumentativa que justificam determinados padrões normativos adotados para a solução de conflitos, socialmente aceitáveis pelos participantes dos processos de construção ou por aqueles que a estes estão submetidos.⁶⁰

Estas tradições metaéticas são fundadoras dos pressupostos básicos das narrativas jurídicas normativas, ou seja, fixam as condições mínimas de inteligibilidade e aceitabilidade teóricas que vão permitir o compartilhamento de conceitos e de critérios de aferição de veracidade das proposições jurídicas de cada teoria (pense-se, por exemplo, nos diferentes pressupostos metaéticos de conceitos ou proposições jurídicas como “fontes de direito”, “validade”, “razoabilidade”, “proporcionalidade” etc.).

Os pressupostos metaéticos podem apresentar-se (e de fato se apresentam) com diferentes graus de intensidade em cada escola de filosofia ou teoria do direito, normalmente como produto de arranjos intelectuais desenvolvidos conforme os objetivos que cada autor pretenda alcançar e de acordo com os aspectos da conduta humana que considerem mais importantes, de modo que pressupostos cognitivistas e não-cognitivistas podem ser mesclados, ou seja, não devem ser apreendidos como padrões teórico-filosóficos estanques e absolutamente incompatíveis entre si.

As teses metaéticas que embasam as principais teorias do positivismo científico contemporâneo são:

i) a tese não-cognitivista da “separação forte” ou total independência entre direito (um conjunto de proposições jurídico-normativas) e moral (um conjunto

⁶⁰ Para uma proposta de especificação de tradições metaéticas e sua repercussão no pensamento jurídico, cfr. Arthur Maria Ferreira Neto, *O cognitivismo e não cognitivismo moral e sua influência na formação do pensamento jurídico*, Tese de doutoramento apresentada no Curso de Pós-graduação em Filosofia da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS, 2013, orientador Prof. Dr. Draiton Gonzaga de Souza.

de valores), não havendo qualquer conexão entre ambos na medida em que um não pode influir sobre a validade do outro;

ii) a tese cognitivista da “conexão fraca”, que admite a existência de um “mínimo moral” no direito que veda às proposições jurídico-normativas, como condição de validade, conteúdos considerados absolutamente “injustos” ou “excessivos”.⁶¹

Importante destacar que a abertura do positivismo científico à moral — à qual supostamente estaria conectado por meio dos princípios jurídicos —, tomou corpo a partir do debate iniciado pelas críticas de Ronald Dworkin ao “modelo de regras” do positivismo jurídico.⁶² Com as respostas dadas a Dworkin por Herbert L. A. Hart e Joseph Raz o debate foi ampliado, tendo sido renovado e intensificado na década de 1990 entre os positivistas “pós-hartianos” que negam qualquer influência normativa da moral no conhecimento do direito e aqueles outros que adotam posição mais branda. Esta polêmica acabou por demarcar uma linha divisória entre os denominados os positivismos jurídicos “inclusivos” e os “exclusivos”.⁶³

No campo do “positivismo jurídico exclusivo” (*exclusive legal positivism* ou *hard positivism*) estão teses que repelem qualquer conexão do direito com a moral, vale dizer, valores morais não devem ser utilizados como critério para determinação e aplicação do direito porque não teriam relevância para a existência (ou validade) do direito positivo vigente, como propõe Joseph Raz em sua “tese das fontes” ou “tese social forte”.

As teses do denominado “positivismo jurídico inclusivo” (*inclusive legal positivism* ou *soft positivism*) admitem a existência de conexões entre direito e moral em determinados sistemas jurídicos que prevejam a utilização de padrões morais entre

⁶¹ Cfr. Arthur Maria Ferreira Neto, *O cognitivismo e não cognitivismo moral e sua influência na formação do pensamento jurídico...*, pp. 42-52.

⁶² Publicado originalmente em 1975, “O modelo de regras I” é uma crítica à tese da separabilidade entre direito e moral, contestatória da natureza convencional do direito defendida, notadamente, por Herbert L. A. Hart, para quem as fontes dos critérios de validade de determinado ordenamento jurídico são necessariamente redutíveis aos fatos sociais. Para Dworkin, a determinação dos fundamentos do direito (*grounds of law*) e das condições de sua aplicação não se justifica somente pelas fontes sociais e pelo “modelo de regras” positivas, mas pelos princípios de moralidade política e pela razão argumentativa (cfr. *Levando os Direitos a Sério* [trad. do inglês *Taking rights seriously* por Nelson Boeira], São Paulo: Martins Fontes, 2002, pp. 23-72). Para uma visão geral do pensamento dworkiniano, cfr. Ronaldo Porto Macedo Junior, *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea*, São Paulo: Saraiva, 2013.

⁶³ Cfr. Dimitri Dimoulis, “Positivismo jurídico: significado e correntes”, in *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*, Celso Fernandes Campilongo, Álvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.), Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito, São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017.

os critérios de validade de normas, resultando na sua inclusão no sistema, ainda que em carácter contingencial ou como “conteúdo mínimo”, a exemplo do que propõe Hart. Assim, enquanto o positivismo exclusivo afirma que “não devem existir conexões entre direito e moral”, o positivismo inclusivo está a dizer que “conexões entre direito e moral nem sempre existem, todavia podem existir”.

b) Padrões semântico e pragmático na teoria do direito

No plano da ciência jurídica, cognitivismo e não-cognitivismo diferenciam-se pelas diferentes ontologias e epistemologias adotadas para a determinação do conjunto de proposições normativas que constitui o direito e para as possibilidades de conhecimento dessas proposições. Segundo Riccardo Guastini, a propósito da ontologia da norma jurídica proposta por Carlos Alchourrón e Eugenio Bulygin, “a história da teoria do direito é atravessada por duas concepções de padrões concorrentes: a concepção ‘hilética’ (semântica) e a concepção ‘expressiva’ (pragmática).”⁶⁴

As teorias cognitivistas, denominadas “hiléticas” ou “semânticas”, de maneira geral estipulam que as normas são o *conteúdo de significado* ou *significado* de enunciados do discurso prescritivo ou normativo, constituindo-se (as normas) em *entidades semânticas*, totalmente abstratas, cujo significado depende da revelação desse conteúdo de significado ou significado pelos intérpretes e aplicadores. As teorias não-cognitivistas, denominadas “expressivas” ou “pragmáticas”, de modo igualmente geral postulam que as *normas são entidades pragmáticas*, no sentido de que os enunciados normativos não trazem em si mesmos um conteúdo de significado ou significado, mas que estes são *produto* ou *resultado* de atos linguísticos ou comportamentos prescritivos.⁶⁵ O contraste entre os padrões cognitivista-semântica e não-cognitivista-pragmático é evidenciado em duas das principais versões contemporâneas do positivismo científico: o *normativismo* e o *realismo jurídico*.⁶⁶

A ontologia normativista⁶⁷ secciona a realidade na qual atua o ser humano partindo da distinção kelseneana clássica entre o mundo do “*ser*” e o mundo

⁶⁴ Riccardo Guastini, “Dos concepciones de las normas”, *Revus Online* since 28 May 2017.

⁶⁵ Ibidem.

⁶⁶ Para as “(ao menos) duas principais correntes do positivismo científico contemporâneo”, Riccardo Guastini, *Das fontes às normas...*, pp. 353.

⁶⁷ Na mesma nota em que destaca as confusões feitas sobre o conceito de “positivismo jurídico”, David Duarte anota: “A reputação positivista do normativismo só é merecida quando reportada ao positivismo

do “*dever ser*”, situando o direito neste último como entidade deôntica autônoma em relação aos demais fatos sociais, ou seja, uma entidade puramente abstrata e formal, que contém em si mesmas os significados e sentidos dos enunciados do discurso prescritivo veiculado pelos atos normativos integrantes do conjunto de normas promulgadas pelo legislador ou, mais em geral, por uma autoridade normativa (judicial ou administrativa), vale dizer, o significado do enunciado normativo encontra-se nele próprio, cabendo ao intérprete apenas compreendê-lo e revelá-lo.

Coerentemente, a epistemologia normativista define como objeto da ciência jurídica exclusivamente as normas do direito positivo, atribuindo à ciência a tarefa de descrever essas normas, eis que a ciência jurídica “não é uma *ciência de factos*, como a sociologia, mas uma *ciência de normas*; seu objecto não é o que é ou que acontece, mas sim um complexo de normas”, as quais “não tem que prosseguir imediatamente nenhum fim prático, mas antes de excluir da sua consideração tudo o que não se ligue especificamente com seu objecto como complexo de normas.”⁶⁸

O realismo jurídico,⁶⁹ por seu turno, percebe o direito não como um conjunto de normas do direito positivo, mas um conjunto de comportamentos dos legisladores, dos órgãos de aplicação, e dos juristas (enquanto intérpretes), portanto, coerente com a concepção realista, o objeto da ciência do direito são os atos de linguagem do legislador, as decisões dos juízes, as doutrinas elaboradas pelos juristas, e assim por diante.

As teorias do realismo jurídico, genericamente consideradas, não obstante conceberem o direito como conjunto de normas veiculado por enunciados prescritivos positivos (leis, decretos, regulamentos etc.), “não enfocam o direito pelo ângulo visual do *dever ser*” ou “como realidade *normativa*”, mas “enfocam o direito do ângulo

metodológico, pois, a partir daí tudo está em aberto. O normativismo (...) projecta-se essencialmente na forma de construção da ciência jurídica, exigindo os requisitos metodológicos que se entendem correlativos à condição científica, sendo que sua especificidade dentro desse quadro está apenas na concentração na *norma-unidade-de-um-conjunto* como instrumento técnico básico, que na teoria analítica também associa ao positivismo metodológico. A compreensão normativa do direito, por isso, não é sinónimo do positivismo ideológico ou do positivismo teórico (...). (*A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa...* nota nº 65, p. 54).

⁶⁸ Karl Larenz, op. cit., p. 93 (itálicos no original).

⁶⁹ O conceito de “realismo jurídico” não guarda relação de identidade com a corrente do cognitivismo filosófico definida como “realismo”. Em termos metaéticos, o “realismo jurídico”, ao contrário do realismo moral, postula a inexistência de uma moral objetiva e preconiza, além da separação entre moral e direito, a existência de elementos exteriores ao que determinam a criação do direito pelas autoridades. Para uma crítica da denominação “realismo jurídico”, cfr. Arthur Maria Ferreira Neto, *O cognitivismo e não cognitivismo moral e sua influência na formação do pensamento jurídico...*, p. 157.

visual do *ser*” ou “como realidade *factual*,”⁷⁰ assim, para o realismo jurídico o direito é um *fato social* cuja fonte não são exclusivamente os enunciados do direito positivo, considerados apenas ponto de partida do direito, uma vez que para se converterem em normas jurídicas, os enunciados normativos devem passar obrigatoriamente pelo procedimento interpretativo que lhes *atribui* o sentido. Consequentemente, para a epistemologia do realismo jurídico, a ciência jurídica não pode consistir meramente na descrição de enunciados normativos como entidades abstratas, devendo incluir em seu objeto os enunciados normativos do direito positivo produzidos pela aplicação do direito (jurisprudência) e, até mesmo, pela interpretação doutrinária que *cria* novos significados a partir de enunciados normativos ou a partir da ausência deles com objetivo de influenciar a aplicação do direito.

É importante ressaltar que embora as concepções metaéticas cognitivista e não-cognitivista possam, eventualmente, apresentarem-se de modo conjugado às concepções semânticas e pragmáticas, esta não é uma relação necessária das teses do positivismo científico: na *Teoria Pura do Direito*, Hans Kelsen, combina o não-cognitivismo metaético ao cognitivismo semântico; já n’*O conceito de direito*, Herbert L. A. Hart conjuga o cognitivismo metaético ao cognitivismo semântico e, ainda, no realismo jurídico de Giovanni Tarello estão conjugados o não-cognitivismo metaético e o ceticismo semântico. Assim, para aperfeiçoamento do enquadramento teórico-metodológico devem ser agregadas outras duas asserções à referida adesão da investigação ao positivismo científico:

1) a investigação desenvolve-se a partir de pressupostos metaéticos não-cognitivistas em sua especificação emotivista, que considera (i) a impossibilidade de conhecimento e comunicação objetivas de uma suposta “realidade moral” e, (ii) que as proposições ou comportamentos ético-morais não são questões de fato, mas de valor, por isso não podem ser objeto de aferição sobre sua verdade ou falsidade, possuindo aptidão tão somente para exprimir sentimentos de aprovação ou desaprovação do emissor para influenciar ou determinar a conduta alheia. Em outros termos, adota-se a postura emotivista porque se nega a objetividade dos juízos ético-morais, que devem ser considerados irrelevantes para determinação e aplicação do direito.

⁷⁰ Norberto Bobbio, *O Positivismo Jurídico...* pp. 143 (itálicos no original).

2) a investigação, para alcançar seus objetivos, adere à concepção ontognoseológica eclética que se apresenta, a nosso ver, como um “caminho do meio” entre as ontologias semânticas e pragmáticas da norma jurídica, propondo que esta deva ser percebida em sua dupla dependência da linguagem, ou seja, como um ato linguístico de formulação e de um ato linguístico de interpretação.

Estas opções teóricas, como ver-se-á nas Secções II e III, serão opostas à metaética cognitivista em sua especificação construtivista, adotada pelas teorias do chamado “pós-positivismo” que reivindicam a existência de uma “realidade moral”, criada ou reconhecida objetivamente por intermédio de construções intelectuais argumentativas que a justifiquem e a tornem aceitável perante aqueles que participem do processo construtivo ou que a ele sejam submetidos, a exemplo das “realidades morais” pressupostas em teses que preconizam o “direito como integridade”⁷¹ ou “princípios como mandamentos de otimização.”⁷²

⁷¹ Ronald Dworkin preconiza que “segundo o direito como integridade, as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade.” (*O império do direito*, São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 272)

⁷² Robert Alexy afirma que existe uma diferença *qualitativa* entre normas “regras” e normas “princípios” (valores), sendo estes últimos *mandamentos de otimização* caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação depende do “peso” específico de cada princípio, a ser determinado pelos intérpretes diante no caso concreto. (*Teoria dos direitos fundamentais*, 2ª ed., 2ª tir., São Paulo: Malheiros Editores, 2012, pp. 90-103)

§ 3º. A opção teórico-metodológica pelo realismo jurídico

(i) Uma proposta de caracterização do realismo jurídico

O realismo jurídico⁷³ representa uma reação crítica ao idealismo filosófico, formalismo e conceitualismo teóricos da vertente normativista do positivismo jurídico. De um modo geral, as teses realistas vão direcionar seus focos investigativos para o direito efetivamente aplicado, indo além da concepção de norma jurídica idealizada e isolada da realidade empírica na qual o direito se contextualiza. As diferentes escolas do realismo jurídico compartilham uma ontologia e epistemologia empiristas e uma retórica que renuncia “a definições que abarquem completamente objetos específicos (pode-se chamá-las “omnicomprensivas”) em razão do ceticismo quanto “a correspondência entre pensamento e comunicação humanos, de um lado, e eventos reais, de outro,”⁷⁴ percebendo-se nos textos realistas que “o formalismo convencional, baseado na concepção de resultado lógico a partir da natureza de dada categoria, migrou para justificativa do direito a partir do conhecimento das condições sociais junto às quais se aplica a lei.”⁷⁵

A contraposição do realismo jurídico ao normativismo se dá a partir de diferentes enfoques, os quais numa visão panorâmica adequada ao propósito de contextualização do enquadramento teórico podem ser identificados em linhas extremamente gerais como:

1) realismo jurídico norte-americano, fundado numa metaética pragmática que valoriza o conhecimento da dimensão da aplicação judicial do direito em relação à lei e comportamento dos juízes (“o direito é aquilo que o juiz decide”), destacando-se na fundamentação da escola estadunidense nomes como John Chipman Gray, Oliver Wendell Holmes Jr., Karl Llewellyn, Jerome Frank e Roscoe Pound, dentre outros.⁷⁶

⁷³ Sobre a diferença entre o “realismo jurídico” e a corrente do cognitivismo filosófico definida como “realismo”, ver nota 69 supra, p. 33.

⁷⁴ João Maurício Adeodato, “Retórica realista e decisão jurídica”, p. 22, *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, vol. 18, nº 1, p. 15-40, jan./abr. 2017.

⁷⁵ Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy, *Introdução ao Realismo Jurídico Norte-Americano*, Brasília: edição do autor, 2013, p. 14.

⁷⁶ Duas tendências antagônicas do pensamento jurídico estadunidense vão reivindicar a herança do realismo jurídico: a *Law and Economics*, programa de pesquisa fundado por Richard Posner (autor de *Economic Analysis of Law*, 1972), que tem como premissa a compreensão utilitarista e pragmática de que “a decisão judicial deve perseguir a maximização da riqueza”, e a *critical legal studies* (CLS), movimento influenciado pelo marxismo que denuncia a indeterminação do direito com o lema *law is politics*,

2) realismo jurídico continental-europeu, que se apresenta em três diferentes escolas: i) os realismos jurídicos escandinavos, na versão da “escola de Uppsala” (Axel Hägerström e seu discípulo Karl Olivecrona) que vai preocupar-se com os comportamentos e estados psicológicos dos destinatários do direito; e na versão da “escola de Copenhaga” (Alf Ross), voltada à crítica da natureza metafísica dos conceitos jurídicos fundamentais (em especial o conceito de “direito vigente”);⁷⁷ ii) o realismo jurídico italiano, fundado pelo ceticismo radical da “metajurídica” de Giovanni Tarello (ao qual voltar-se-á adiante), para quem os significados das leis são atribuídos pelos intérpretes, competindo à “ciência jurídica” desvelar as determinações semânticas e pragmáticas dos discursos linguístico-normativos; (iii) o realismo francês, representado por Michel Troper, que parte das premissas realistas sobre a interpretação como ponto central da teoria do direito e reflete sobre o controle do poder normativo dos juízes e tribunais.⁷⁸

Diante das várias escolas do realismo, com a ressalva expressa de não ter pretensão de caracterizar o “verdadeiro” realismo jurídico, Pierluigi Chiassoni propõe um rol de teses “paradigmáticas” para caracterização de uma “filosofia jusrealista”, a saber:

1. O direito positivo é “ideologia institucionalizada criada pelo homem para regular suas recíprocas relações mediante atos de coerção.”
2. O direito natural é “ideologia em busca de institucionalização”, utilizada para justificar a “conversação ou as subversões dos ordenamentos positivos individuais”.
3. Ordenamentos jurídicos não são estáticos, estão em constante mudança para atender exigências dos grupos de interesse influentes na sociedade.
4. Ordenamentos jurídicos são meios pelos quais a sociedade ou grupos influentes buscam objetivos contingencialmente considerados dignos.

reunindo autores como Roberto Mangabeira Unger, Duncan Kennedy, Elizabeth Mensch, Mark Kelman, dentre outros. Para as conexões de ambos movimentos com o realismo jurídico, cfr. Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy, “Direito e Economia: introdução ao movimento ‘Law and Economics’”, in *Revista Jurídica da Presidência da República*, Brasília, vol. 7, nº 73, p. 01-10, junho/julho, 2005.

⁷⁷ Integram o realismo escandinavo, ainda, as menos celebradas “escolas” de Oslo (Naess e Ofstad) e “escola finlandesa” (Kaila, Lehtinen e Brusiin). Para uma introdução geral ao realismo escandinavo, cfr. Mônica Sette Lopes, “Realismo jurídico: o discurso jurídico e a apreensão da realidade pontual”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, nº 45, pp. 297-340, 2004.

⁷⁸ Para as três escolas do “realismo jurídico europeu-continental” (escandinava, italiana e francesa), cfr. “El realismo jurídico europeo-continental”, in Jorge Luis Fabra Zamora Y Álvaro Núñez Vaquero (edits.), *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, vol. uno, Instituto de Investigaciones Jurídicas – Serie Doctrina Jurídica, núm. 712, Universidad Autónoma del México, 2015.

5. Ceticismo: (a) *em relação à regras*: as normas gerais, da legislação ou precedentes judiciais, não determinam sua aplicação aos casos individuais e não funcionam automaticamente como critérios de condução e valoração dos comportamentos individuais; (b) *quanto à discricionariedade judicial*: a aplicação do direito não é atividade puramente lógica e de conhecimento, mas comporta atos de vontade e de criação; (c) *interpretativo* que vê a interpretação judicial e doutrinária não como atividades puramente cognoscitivas, mas que requerem decisões sobre o significado correto e adscrição aos materiais jurídicos, sendo a argumentação um instrumento de justificação retórico, geralmente adotado nas decisões tendo em conta seu valor substancial; (d) *quanto aos fatos*: a apreciação de fatos relevantes numa causa não é atividade puramente objetiva, mas, quando recorre a teorias e critérios científicos, é atividade eminentemente discricional.

6. Ordenamentos não são sistemáticos em si mesmos, são “coacervos de materiais a espera de sistematização” pela denominada “ciência jurídica”.

7. Empirismo e subjetivismo metaético: (a) não há realidade alternativa à realidade empírica, não há conhecimento a não ser empírico e formal; (b) não há valores morais absolutos, objetivos, todos os valores e ideias no mundo da ética normativa e da justiça são subjetivos, relativos, contingentes.

8. Uma investigação realista deverá aproximar-se do direito como fenômeno social e cultural, feito de comportamentos e construções intelectuais, conformando-se com os seguintes princípios:

- a investigação deverá descobrir *como* as norma e decisões *funcionam*, não se ocupando só da validade das normas, mas também de sua eficácia;

- a investigação deverá descobrir as ideologias presentes no discurso jurídico, analisando-as sob perfil semântico, lógico e pragmático, analisando conceitos jurídicos gerais, assim como utilizados pela ciência e teoria do direito, substituindo-os, se necessário, por conceitos mais claros, empiricamente fundados e pragmaticamente justificados, “depurados de cada aura de metafísica, ficção ou magia;”

- a investigação deverá tratar o direito natural como produto intelectual, ideologicamente conotado e axiologicamente comprometido, devendo apreciar as doutrinas por aquilo que são, “sem camuflagens ou (auto)engano”;

- a investigação, ao perseguir os objetivos mencionados, deverá:

(a) ser informada por valores epistêmicos de *verdade, coerência lógica, capacidade explicativa, progresso do conhecimento objetivo, clareza, simplicidade, elegância, honestidade intelectual*);

(b) explicitar as opções e os princípios epistemológicos utilizados (*postulado de pureza*);

(c) deverá deixar de lado os valores morais e políticos, “considerando-os apropriados em sede de política do direito, onde cada jurista não pode ajudar sem fazer escolhas e tomar posições, assumindo a responsabilidade moral inerente ao seu papel institucional (*postulado da avaloratividade*).”⁷⁹

Deste conjunto de teses verifica-se que o realismo jurídico busca conhecer as normas jurídicas como elas de fato elas são, não como elas devem ou deveriam idealmente ser, problematizando sua indeterminação e os resultados efetivos de sua aplicação ou não na realidade social, por isso, como ver-se-á ao longo do trabalho, o aparato teórico-metodológico do realismo é indispensável ao desenvolvimento das hipóteses levantadas sobre a atividade eminentemente emotiva e consequencialista da doutrina e jurisprudência que conformam o modelo de controle jurisdicional da discricionariedade administrativa no Brasil, que como pretende-se demonstrar, é estruturado menos pelos enunciados normativos das “fontes” do direito brasileiro e mais pelo “discurso dos intérpretes” que prescreve o direito em que se acredita, muitas vezes aferido por critérios descolados do direito positivo, ora deduzidos com base em princípios constantes do ordenamento jurídico-positivo, ora discernidos apenas no plano das concepções políticas e morais pressupostas.

(ii) A “escola genovesa” de realismo jurídico

A apresentação da “escola genovesa” do realismo jurídico deve referência obrigatória ao seu pioneiro, Giovanni Tarello (Gênova, 4/10/1934 – Gênova, 20/04/1987), professor responsável pelas disciplinas de filosofia do

⁷⁹ *O enfoque analítico na filosofia do direito: de Bentham a Kelsen* (trad. do italiano *L'indirizzo analitico nella filosofia del diritto*, vol. 1: *Da Bentham a Kelsen*), São Paulo: Editora Contracorrente, 2017, pp. 517-520.

direito e direito civil na Universidade de Gênova, instituição na qual também foi diretor do Instituto de Filosofia do Direito e decano da Faculdade de Direito.⁸⁰

Após a conclusão de sua pesquisa sobre o realismo jurídico nos EUA publicada sob o título *Il Realismo Giuridico Americano* (1962) e que se tornaria referência incontornável sobre o tema, combinando a filosofia analítica com o produto de seus estudos do realismo jurídico estadunidense e a historiografia do direito romano “mais progressista”, Tarello desenvolve um projeto teórico que se propõe a “desmistificar o pensamento jurídico, quer dizer, destruir as imagens falsas e enganosas do direito, construídas pelos juristas, substituindo-as por imagens (na medida do possível) axiologicamente neutras e apoiadas por dados empíricos precisos”,⁸¹ apresentando suas ideias originalmente em *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto* (1974), obra na qual expõe uma concepção metaética cética da interpretação jurídica, resultante de uma concepção igualmente cética sobre o significado das normas jurídicas, argumentando que a norma não tem um sentido predeterminado “pela boa razão de que é (nada mais) que um significado” e, como tal, a norma é apenas um segmento da linguagem na função prescritiva resultante da interpretação de um documento normativo, assim “a norma não precede como um dado, mas segue, como produto, o processo interpretativo.”⁸² O projeto teórico de Tarello foi complementado com a publicação de *L'Interpretazione della legge* (1980), onde reafirma que a “‘norma’ significa simplesmente o significado que foi dado, ou é decidido dar, ou se propõe que seja dado, a um documento que se acredita com base em indicações formais expressas de alguma diretiva de ação”.⁸³

Do ponto de vista do objeto, a metajurídica de Tarello percebe o direito como um fenômeno social do qual é necessário considerar, para desenvolver investigações úteis (“não ociosas”), três características:

- 1) o *caráter prático* do direito enquanto fenômeno político, um “espaço” onde se desencadeiam e se compõem conflitos de interesses materiais e espirituais;
- 2) o *caráter histórico* do direito como fenômeno historicamente determinado e mutável;

⁸⁰ Para um panorama histórico e teórico abrangente sobre a “escola genovesa”, cfr., Jordi Ferrer Beltran e Giovanni B. Ratti (eds.), *El realismo genovés*, Madrid: Marcial Pons, 2011.

⁸¹ Pierluigi Chiassoni, “Tarello y la desmitificación del pensamiento jurídico”, Conferência proferida em 07/05/2014, na Faculdade de Direito da UFRGS, Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito da UFRGS (Grupo de Pesquisa CNPq “Processo Civil e Estado Constitucional – Coordenadores Daniel Mitidiero e Humberto Ávila).

⁸² *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Bologna: Il Mulino, 1974, p. 57,

⁸³ *L'interpretazione della legge*, Milão: Giuffrè, 1980, p. 64.

3) o *caráter linguístico*, pois sendo o direito um fenómeno da linguagem e, como tal, consistente em discursos inevitavelmente indeterminados.⁸⁴

Com relação ao método de investigação, ao considerar que as leis, a doutrina jurídica e a jurisprudência são fenómenos linguísticos (discursos) e, portanto, indeterminados semanticamente, a metajurídica de Tarello tem na análise linguística o instrumento principal para aquisição de conhecimentos genuínos e verdadeiros sobre tais realidades.

Finalmente, quanto aos objetivos da metajurídica, ela deve:

1) produzir conhecimento empiricamente verdadeiro sobre a cultura jurídica durante seu desenvolvimento histórico;

2) produzir propostas de aparatos terminológicos que sejam melhores que os utilizados do ponto de vista da univocidade, clareza, capacidade explicativa e neutralidade valorativa (“fins terapêuticos”);

3) identificar a presença de usos ideologicamente comprometidos nos termos jurídicos e formular recomendações acerca desse emprego ou não emprego (“polícia linguística”);

4) produzir a crítica racional ou técnica às operações levadas a cabo pelos juristas e juízes, considerando-se três perspectivas: i) as técnicas argumentativas empregadas e não-empregadas, ii) a disponibilidade de soluções alternativas, e iii) as consequências práticas das operações.⁸⁵

A partir do magistério e da vasta produção científica legada pelo jurista genovês⁸⁶ estrutura-se a chamada “escola realista genovesa”, que vai apresentar teses realistas originais notadamente no campo das fontes do direito e da interpretação jurídica, tendo como impulsionadores autores como Riccardo Guastini, Mauro Barberis, Paolo Comanducci e Pierluigi Chiassoni, os quais têm refinado algumas das teses básicas do realismo jurídico clássico estadunidense pelo uso da metodologia analítica e aporte teórico de autores como Hans Kelsen, Alf Ross, Karl Olivecrona, Uberto Scarpelli, Norberto Bobbio, Richard Mervyn Hare, Herbert L. A. Hart, Carlos E. Alchourrón e Eugenio Bulygin.⁸⁷

⁸⁴ Pierluigi Chiassoni, “Tarello y desmitificación del pensamiento jurídico...”

⁸⁵ Ibidem.

⁸⁶ Informação sobre a obra completa do autor encontra-se disponível em “Tarello Institute for Legal Philosophy - Istituto Tarello per la Filosofia del Diritto – Università degli studi di Genova”.

⁸⁷ Cfr., Jordi Ferrer Beltran e Giovanni B. Ratti, *El realismo genovês...* pp. 11-14.

(iii) O *realismo jurídico analítico* de Riccardo Guastini

Um dos principais juristas da “escola de Gênova”, ex-aluno de Tarello, Riccardo Guastini tem desenvolvido um projeto teórico com características próprias no contexto da teoria analítica do direito, ao qual denomina “*realismo jurídico analítico*”, apontando suas raízes nos realismos estadunidenses e escandinavos.⁸⁸ O realismo analítico de Guastini se assenta sobre três pressupostos: 1) o emotivismo como teoria metaética; 2) o ceticismo semântico moderado sobre as normas; 3) a teoria analítica das normas jurídicas.

1) O emotivismo metaético quanto às proposições da política e da moral derivado de Tarello, preconiza que estas proposições são projeções das emoções humanas, eminentemente subjetivas e irracionais, de maneira que questões sobre justiça ou moralidade não têm valor de verdade ou falsidade e, portanto, não podem ser objeto de estudo científico no âmbito da ciência jurídica.

2) Com relação ao ceticismo semântico moderado, em conformidade com as teses comuns a todas as escolas realistas, o realismo analítico evidencia que os enunciados linguísticos em geral e os normativos em particular padecem de indeterminação semântica, sendo o intérprete quem define o significado. Todavia, este pressuposto teórico afirmado em Tarello de maneira radical é mitigado por Guastini, que tem se afastado “teoria cética” quanto à (in)determinação do significado dos textos normativos assumida em *Dalle fonti alle norme* (1990), onde o autor considera que “em direito, a interpretação é reformulação dos textos normativos das fontes”,⁸⁹ recusando a tese da existência de “zonas de certeza e zonas de incerteza (ou penumbra)” de um significado normativo nos moldes concebidos por Herbert L. A. Hart⁹⁰ para resolver o problema

⁸⁸ Segundo Riccardo Guastini, o realismo jurídico genovês “compartilha algumas características com outras formas de realismo (especificamente, americanos e escandinavos), mas não corresponde a nenhum deles.” (“Un enfoque realista acerca del derecho y el conocimiento jurídico”, *Revus* [Online], 27/2015)

⁸⁹ *Das fontes às normas*, São Paulo: Quartier Latin, 2005, pp. 26-28.

⁹⁰ Em *Dalle fonti alle norme* Guastini começa por refutar a tese de Hart sobre a “trama aberta” (*open texture*) das normas com o “paradoxo de sorites”: como é difícil estabelecer se alguém é calvo ou não (quantos cabelos é preciso perder para tornar-se calvo?), assim “pode ser difícil estabelecer se uma dada controvérsia cai ou não sob o domínio de uma certa norma”. Guastini afirma ser “totalmente indiferente ao fato do significado de que se fala ser pacífico ou controverso. É irrelevante, em síntese, que se inclua no campo de aplicação de um texto um caso ‘claro’ ou um caso ‘dúbio’”, concluindo que “os conceitos de trama aberta e zona de penumbra foram utilizados [por Genaro Carrió] para fundar uma teoria da discricionariedade judicial” (*Das fontes às normas*, São Paulo: Quartier Latin, 2005, pp. 145-151).

da “linha de fronteira” dos significados dos enunciados normativos com o conceito de “trama” ou “textura aberta” da norma (*open texture*).⁹¹

A “tentativa de conciliação” entre a *teoria cognitiva*, para a qual “interpretar é averiguar (empiricamente) o significado objetivo dos textos normativos e/ou a intenção subjetiva de seus autores”, e a *teoria cética* que “sustenta que a interpretação não é atividade de conhecimento, mas de valoração e decisão”,⁹² é assumida por Guastini em *Interpretare e Argomentare* (2011), onde o autor aproxima-se do conceito de “trama aberta” de Hart e da concepção kelseneana do direito positivo como uma “moldura”⁹³ que admite conteúdo interpretativo cognoscível-volitivo e que ao mesmo restringe os significados possíveis de serem atribuídos ao enunciado normativo pelo seu intérprete. Assim, Guastini passa a admitir, *v.g.*: a) que a “construção jurídica” do intérprete não é uma atividade de livre criação do direito; b) que determinados textos normativos contenha apenas um significado, afastando-se a vontade do intérprete; b) que a interpretação cognitiva seja insuficiente para atribuição de significado a um texto normativo.⁹⁴

Em *Il realismo giuridico ridefinito* (2013), Guastini fala de certos limites para atribuição de significados: “As decisões interpretativas de operadores legais são condicionadas, como é natural, por seus interesses práticos (político, econômico, profissional, etc.), suas ideias de justiça, pela aceitação de várias decisões na cultura jurídica existente, bem como - por último, não menos importante - pelos constructos conceituais elaborados pelos juristas acadêmicos, ou pelo dogma legal” (itálicos no original).⁹⁵ Em 2015, no artigo *Un enfoque realista acerca del derecho y el conocimiento jurídico*, o autor reafirma que “é ‘plausível’ um sentido que pode ser defendido com argumentos persuasivos e, dependendo da realidade social, pode ser aceito pela cultura jurídica em questão.”⁹⁶

3) Por fim, a teoria analítica das normas jurídica encarece a distinção entre “disposição” (*disposizione*) e “norma jurídica” propriamente. A “disposição” é um enunciado normativo, um conjunto ou um fragmento deles presentes nas “fontes de direito” (Constituição, leis, atos normativos e decisões judiciais); já a “norma jurídica” é o produto da interpretação das disposições (doutrina e jurisprudência), pertencente ao “discurso dos intérpretes”.

⁹¹ Herbert L. A. Hart, *O conceito de direito*, 6ª ed., Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2011, pp. 137-168

⁹² *Das fontes às normas...* pp. 138-144.

⁹³ Hans Kelsen, *Teoria Pura do Direito*, 7ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 393.

⁹⁴ Cfr. Riccardo Guastini, *Interpretare e Argomentare*, Milano: Giuffrè, 2011, pp. 277-285.

⁹⁵ Riccardo Guastini, “Il realismo giuridico ridefinito”, *Revus* [Online], 19 | 2013.

⁹⁶ Riccardo Guastini, “Un enfoque realista acerca del derecho y el conocimiento jurídico”, *Revus* [Online], 27 | 2015.

À escola genovesa parece interessar, sobretudo, responder perguntas como: o que significa “conhecer o direito” e “como” o conhecemos? Existe uma lógica das normas jurídicas e, caso exista, é independente da vontade dos juízes e dos juristas?⁹⁷ O realismo analítico de Riccardo Guastini propõe responder a essas perguntas com três teses: 1) a “*tese ontológica*”, sobre que tipo de entidade (ou conjunto de entidades) é o direito; 2) a “*tese interpretativa*” (ou metodológica) e, 3) a “*tese epistemológica*” sobre o conhecimento científico do direito. Veja-se, em síntese, cada uma destas teses:

1) A *tese ontológica* para a qual o direito é um “conjunto de fatos sociais”, compreendendo em seu conceito:

(a) o direito como um *conjunto de textos normativos* (enunciados linguísticos);

(b) o direito como um *conjunto de regras* (normas resultantes da interpretação e da “construção jurídica”);

(c) o direito como um *conjunto de regras em vigor* (regras realmente aplicadas no passado e que ensejam a crença de que seja aplicáveis no futuro).⁹⁸

A compreensão da tese ontológica pressupõe a diferenciação entre “enunciado interpretado”, pertencente ao *discurso das fontes*, e “enunciado interpretante”, pertencente ao *discurso do intérprete*. Todo e qualquer enunciado linguístico veiculado pelo discurso das fontes, isto é, por documentos normativos (leis, decretos, regulamentos), é denominado “disposição” (*disposizione*); já o enunciado que *atribua* sentido ou significado a uma “disposição (ou fragmento de disposição, ou a uma combinação de fragmentos de disposições)” é uma “norma”. Assim, enquanto a “disposição é (parte de) um texto ainda por ser interpretado; a norma é (parte de) um texto interpretado.”⁹⁹

Sendo todo enunciado linguístico das fontes de direito mais ou menos vago e/ou ambíguo, o direito não é propriamente um conjunto de textos normativos, mas um conjunto de significados, isto é, um conjunto de normas *derivadas* dos textos normativos.¹⁰⁰ Em suma, na formulação de Guastini, “não há direito sem textos para

⁹⁷ Cfr. Jordi Ferrer Beltran e Giovanni B. Ratti, “Introducción”, in Jordi Ferrer Beltran e Giovanni B. Ratti (eds.), *El realismo genovés*, Madrid: Marcial Pons, 2011, pp. 11-14.

⁹⁸ Riccardo Guastini, “Il realismo giuridico ridefinito”, *Revus* [Online], 19/2013.

⁹⁹ Riccardo Guastini *Das fontes às normas...*, pp. 25-26.

¹⁰⁰ Em apoio à tese ontológica do realismo jurídico analítico, Riccardo Guastini reproduz a seguinte passagem de um dos fundadores do realismo jurídico americano: “After all, it is only words that the

interpretar (primeira tese ontológica), mas não há direito sem interpretação (segunda tese ontológica). Portanto, a lei é, em certo sentido, um conjunto de práticas interpretativas.”¹⁰¹

2) A *tese interpretativa* (ou *metodológica*) reflete uma postura cética moderada quanto à atividade de atribuição de significados ou sentidos aos textos normativos, considerada uma atividade *volitiva* (não-cognitiva). São distinguidas duas espécies de interpretação em *sentido estrito* (decisional e cognitiva) e um gênero de *manipulação construtiva da lei* (construção jurídica), a saber:

(a) “interpretação decisional”, típica da atividade jurisdicional pela qual atribui-se um significado específico ao enunciado normativo e rejeita-se outro;

(b) “interpretação cognitiva”, realizada pelos juristas acadêmicos para esclarecer possíveis significados de um enunciado normativo;

(c) “construção jurídica”, consistente no conjunto de operações intelectuais que se caracteriza como “uma genuína criação de leis doutrinárias e/ou judiciais”, compreendendo: i) criação de lacunas normativas e axiológicas; ii) criação de hierarquias axiológicas entre normas; iii) especificação de princípios; iv) ponderação de princípios em conflito; e acima de tudo, v) elaboração de padrões não explícitos (normas “implícitas”).¹⁰²

3) A *tese epistemológica* considera o conhecimento jurídico a partir de duas diferentes perspectivas:

(a) a *ciência jurídica* em sentido estrito é a descrição avaliativa do direito — no sentido que propõem a “science of jurisprudence” de John Austin (*The Province of Jurisprudence Determined*) e a “ciência do direito” de Hans Kelsen (*Teoria Pura do Direito*)¹⁰³ — que pode assumir três formas diferentes em função dos três conceitos de direito descritos na tese ontológica:

legislature utters; it is for the courts to say what these words mean; that is, it is for them to interpret legislative acts. [...] And this is the reason why legislative acts, statutes, are to be dealt with as sources of Law, and not as a part of the Law itself. [...] The courts put life into the dead words of the statute” (John Chipman, *The Nature and Sources of the Law*, 2ª ed. from the author’s notes, by R. Gray, New York: 1948, p. 124, apud “Il realismo giuridico ridefinito”, *Revus* [Online], 19/2013.

¹⁰¹ Riccardo Guastini, “Un enfoque realista acerca del derecho y el conocimiento jurídico”, *Revus* [Online], 27/2015.)

¹⁰² Ibidem.

¹⁰³ Para a estruturação da ciência do direito a partir de Austin e Kelsen, cfr. Pierluigi Chiassoni, *O enfoque analítico na Filosofia do Direito: de Bentham a Kelsen...* pp. 173-176 e 454-458.

i) *interpretação cognitiva* do direito enquanto *conjunto de textos normativos* para identificar vários significados possíveis, sem privilegiar nenhum, de acordo com as regras linguístico-sintáticas, semânticas e pragmáticas, ou seja, com os métodos de interpretação jurídicos aceites e as teorias jurídicas existentes;

ii) *reconstrução de correntes jurisprudenciais* que tem por objeto o direito como *conjunto de regras*, visando sua análise, reconstrução e descrição das correntes (interpretativas e construtivas) presentes na cultura jurídica (dogmática e jurisprudência);

iii) *descrição da lei vigente* da lei como um conjunto de *regras vigentes*, que exige o conhecimento e a descrição do direito efetivamente aplicado.

(b) a *doutrina* ou *dogmática jurídica* que reside na constatação de que a interpretação e a construção jurídicas são parte essencial do objeto de estudo da ciência jurídica; diversamente da filosofia analítica que vê na dogmática apenas “uma metalinguagem que tem como objeto a linguagem do ‘legislador’”, para o realismo jurídico analítico o objeto do discurso dos juristas não é tão somente o discurso das fontes de direito e das autoridades normativas, pelo contrário, segundo Guastini, “os juristas modelam e enriquecem seu objeto de estudo continuamente, como um violinista que interpola anotações apócrifas na partitura que está executando.”¹⁰⁴

Conclui-se que o realismo jurídico analítico propõe o conhecimento do direito por intermédio da investigação compreensiva dos vários elementos recolhidos da linguagem e da realidade empírica em que o direito contextualiza-se e concretiza-se, caracterizando-se pelo uso de instrumental metodológico que permite abordagem da norma jurídica em seus perfis *semântico*, *sintático* e *pragmático*, ou seja, respectivamente como produto das relações entre enunciados normativos (*significatum*) e seus possíveis referentes; enquanto produto das inter-relações lógico-formais dos enunciados normativos (*denotatum*) sintaticamente deônticos, e ainda, como produto da interpretação do enunciado normativo (*designatum*) segundo interesses e objetivos da ação interpretativa.

A postura teórica assumidamente eclética do realismo jurídico analítico decorre da constatação de que “as normas são os significados de enunciados usados para

¹⁰⁴ “Il realismo giuridico ridefinito”, *Revus* [Online], 19/2013.

prescrever (concepção semântica) e, por outro lado, não se dão normas sem enunciados que as expressem (concepção pragmática),”¹⁰⁵ apresentando-se nos como um “caminho do meio” entre as teorias semânticas e pragmáticas do direito e, portanto, bastante adequado ao objeto e objetivos da investigação que tem seu foco na atividade interpretativa (“interpretação decisional” e “construção jurídica”) pela qual se efetiva o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa no Brasil.

(iv) Doutrina e a jurisprudência como “discurso dos intérpretes”.

Uma investigação que tem por objeto a doutrina administrativista e as decisões judiciais como objeto reconduz às questões legadas à ciência jurídica pela transição ao Estado liberal de direito, quando apenas o produto da atividade do poder legislativo passa a ser considerado pelo positivismo jurídico como “fonte” originária (e legítima) do direito,¹⁰⁶ atribuindo-se às demais “fontes” normativas tradicionalmente aceitas, a exemplo da jurisprudência e doutrina, papel meramente subsidiário.

Hans Kelsen vai criticar a expressão “fonte de direito” porque, ao explorar as conotações essenciais do conceito, verifica tratar-se de uma “expressão figurada e altamente ambígua” na qual podem ser identificados três significados, o que torna o conceito “um tanto quanto inútil”. Segundo Kelsen, a expressão “fonte de direito” significa: (1) a designação dos “métodos de criação” do direito (“o costume e a legislação, esta última em sentido mais amplo, abrangendo também a criação do Direito por meio de atos judiciais e administrativos, e transações jurídicas”); (2) a caracterização do “fundamento da validade do Direito e, sobretudo, o fundamento final” (“nesse sentido, qualquer norma jurídica ‘superior’ é ‘fonte’ da norma jurídica ‘inferior’”); (3) e a denotação, “num sentido inteiramente não-jurídico, [de] todas as ideias que efetivamente influenciam os órgãos criadores de Direito, por exemplo, normas morais, princípios políticos, doutrinas jurídicas, as opiniões de especialistas jurídicos, etc.” (as quais, Kelsen afirma que “não são — como

¹⁰⁵ “Dos concepciones de las normas”, *Revus* [Online], in print 2018.

¹⁰⁶ Interessante notar que a reivindicação de monopólio da produção do direito pelo legislador já se encontrava presente no pensamento jusnaturalista de Thomas Hobbes, contudo, sob outro fundamento (poder absoluto do rei) e teleologia (paz): Hobbes quer eliminar anarquia causada pelas guerras de religião que opõem o poder normativo do Estado ao poder da Igreja reduzindo esta a um serviço daquele. Cfr. Norberto Bobbio, *O positivismo jurídico...*, pp. 25-41.

verdadeiras ‘fontes’ de Direito — normas jurídicas ou conteúdo específico de normas jurídicas”).¹⁰⁷

Tratando dos “métodos de criação” do direito (1), Kelsen afirma que estes não estão restritos às formas de “criação consuetudinária e estatutária”, as quais compreenderiam apenas a criação de “normas gerais”. Considerando que o processo de individualização do direito exige “sempre uma determinação de elementos ainda não determinados pela norma geral e que não podem ser completamente determinados por ela”, Kelsen conclui que “o juiz, portanto, é sempre um legislador” e “a ordem jurídica é um sistema de normas gerais e individuais relacionadas entre si (...)”.¹⁰⁸ Com base na distinção kelseneana entre normas gerais e individuais, correspondente à criação e aplicação do direito, a doutrina positivista dividiu-se entre os autores que consideram as decisões judiciais (a) *normas individuais* criadas com base nas normas gerais em continuação do processo criador do direito, “da esfera do geral e abstrato para a esfera do individual e concreto”,¹⁰⁹ ou (b) *normas gerais*, constituídas pelas premissas e fundamentos da decisão¹¹⁰ que criam uma regra jurídica vinculada ao caso concreto e que, por sua vez, tem aptidão para vincular decisões judiciais posteriores.¹¹¹

A atividade criativa dos órgãos de aplicação do poder judiciário, ou seja, a decisão judicial identificada como “método de criação” direito, constitui relativo consenso no âmbito do positivismo científico contemporâneo, a ponto de Mauro Barberis afirmar que “hoje não existe uma teoria que não concilie a criação judicial do direito, especialmente na forma de interpretação (...)”.¹¹² Contudo, situar a jurisprudência no âmbito das “fontes” de direito, traz “dificuldades decisivas”, como destaca David Duarte, para teorias que diferenciam o conceito de “enunciado normativo” do conceito de “norma” propriamente dita (a do realismo jurídico analítico) ao confundir num só conceito os meios de produção de enunciados normativos (“a expressão de onde surge

¹⁰⁷ Hans Kelsen, *Teoria Geral do Direito e do Estado...*, pp. 191-193. Kelsen afirma, ainda, ser “da maior importância distinguir as normas jurídicas, produtos do processo criador de Direito, que são o objeto da jurisprudência, dos enunciados da jurisprudência. A terminologia tradicional mostra uma perigosa inclinação para confundi-los e para identificar o Direito com a ciência do Direito (p. 237).”

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 212.

¹⁰⁹ Hans Kelsen, *op. cit.*, p. 197.

¹¹⁰ Eugenio Bulygin, “Sentencia judicial y creacion de derecho”, pp. 360-362, in Carlos Alchourrón, y Eugenio Bulygin, *Análisis lógico y Derecho*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 355-369.

¹¹¹ Aulis Aarnio, *Lo racional como razonable*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p.129.

¹¹² Mauro Barberis, “Para una teoría realmente realista del derecho”, *Revus* [Online], 29 | 2016.

ou se retira a norma”) e as normas propriamente ditas (“significado que não se confunde com a forma de sua expressão”).¹¹³

O realismo jurídico analítico busca superar o problema da confusão entre processo e produto normativos concebendo o ordenamento jurídico como um sistema complexo integrado por (a) enunciados normativos pertencentes ao “discurso das fontes” (todos os textos que façam parte da Constituição, de lei, decreto ou qualquer outro ato normativo) e (b) por normas produzidas a partir da interpretação desses enunciados e que pertencem ao “discurso dos intérpretes” (todo e qualquer enunciado que constitua o sentido ou significado atribuído a uma disposição, ou fragmento de disposição, ou combinação de disposições ou de fragmentos de disposições).¹¹⁴

A concepção do ordenamento jurídico como um “conjunto de significados” produto da combinação do “discurso das fontes” e do “discurso dos intérprete” vai configurar o direito vigente como uma variável dependente da interpretação, porém, como ressalva Riccardo Guastini, não se pode dizer que o direito seja criado pelos intérpretes “porque, trivialmente, não há interpretação sem um texto para interpretar: uma suposta ‘interpretação’ que não tem um objeto preexistente não seria realmente interpretação, seria uma norma genuína. Assim, o direito deriva da combinação de legislação (sempre no sentido ‘material’) e interpretação.”¹¹⁵

Quanto ao problema do uso das “fontes de direito” para indicar o fundamento de “validade” da norma (2) — tomada a expressão “validade” em seu sentido forte de pertinência da norma a determinado sistema jurídico —, o realismo analítico afasta-se da concepção estritamente lógico-formal do normativismo metodológico, para a qual uma norma é válida porque é uma proposição reconhecida em face de critérios de identificação de um determinado sistema jurídico (v.g., norma vigente, produzida por órgão competente e não incompatível com norma

¹¹³ David Duarte, em verdade, identifica três problemas do conceito de “fontes de direito”: 1) um problema linguístico, porque representa realidades diversas: formas de produção de enunciados normativos e formas de revelação de normas; 2) um problema quanto a saber o que se produz e o que se revela na criação de normas: a partir do pressuposto da diferença entre enunciado normativo e norma, não se pode admitir que por fontes do direito se possa entender a produção e a revelação de normas jurídicas; 3) o problema de como qualificar os atos jurídicos quando contêm enunciados de decisão e não de normas (*A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa...*, pp. 55-64).

¹¹⁴ Riccardo Guastini, *Das fontes às normas...*, pp. 25-26. Sobre a variedade das “fontes normativas” e qualificação material e formal das “fontes de direito”, cfr. Riccardo Guastini, *Le fonti del diritto e L'interpretazione*, Milano: Giuffrè, 1993, pp. 06-16.

¹¹⁵ *Interpretare e Argomentare*, Milano; Giuffrè Editore, pp. 336-337

hierarquicamente superior). Em contraposição ao normativismo é proposto o conceito pragmático de “validade”, segundo o qual a norma é “válida” se é comumente observada e aplicada pelos seus destinatários e por órgãos de aplicação, o que “significa quase afirmar que essa norma é efetiva, está em vigor” e, sob este prisma, os juízos de validade são considerados “proposições que versam, muito simplesmente, sobre fatos sociais (...) cuja verdade ou falsidade pode ser controlada empiricamente.”¹¹⁶

No que se refere à aceção de “fontes de direito” para abranger “as doutrinas jurídicas, [e] as opiniões de especialistas jurídicos” (3), denominada “não jurídica” por Kelsen, verifica-se que o próprio autor vai admitir adiante que “ao obrigar os órgãos criadores de Direito a respeitar ou aplicar certas normas morais, princípios políticos ou opiniões de especialistas, a ordem jurídica pode transformar estas normas, princípios ou opiniões em normas jurídicas e, desse modo, em verdadeiras fontes de Direito.”¹¹⁷ É que, para Kelsen, esgotado o processo de cognição da norma geral e com fundamento em autorização deferida pelo ordenamento jurídico, ao aplicador da norma (no caso, o juiz), compete “determinar, de acordo com sua própria vontade, o processo de criação da norma inferior e o conteúdo dessa norma”.¹¹⁸

A escolha de sentidos resultantes da interpretação da norma geral, bem como dos possíveis conteúdos da norma inferior criada pelo juiz, seriam, pois, atos volitivos insuscetíveis de conhecimento pela ciência jurídica, podendo configurar-se em objeto da política, da sociologia ou da psicologia. Afinal, ainda que remeta a escolha do intérprete para fora do campo de conhecimento da ciência jurídica, Kelsen acaba por evidenciar o carácter pragmático da aplicação do direito e de sua relação com a doutrina jurídica, revelando que esta última pode se apresentar como verdadeiro conjunto de diretivas aos órgãos normativos, em particular aos juízes. Dada esta relação entre doutrina e jurisprudência, Riccardo Guastini (após lançar mão de metáfora elucidativa à qual pede-se vênica para reproduzir) denomina a primeira como “*diretivas de sententia ferenda*”:

Não há confusão possível entre uma patologia cardíaca e a ciência médica que a descreve, uma vez que as patologias do coração, ao contrário da ciência médica, não são entidades linguísticas; quando se trata de relações entre direito e doutrina jurídica, tal confusão é possível e de fato é produzida. É por isso que

¹¹⁶ Riccardo Guastini, *Das fontes às normas...*, p. 357.

¹¹⁷ *Teoria Geral do Direito e do Estado...*, pp.191-192.

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 194.

tanto as "leis" (no sentido material) quanto a doutrina jurídica são nada mais do que linguagens (discursos). (...) No final, do ponto de vista pragmático, o discurso - interpretativo e construtivo - da doutrina pode ser representado como um conjunto de diretivas, dirigidas aos órgãos da demanda e, em particular, aos juízes: *diretivas de sententia ferenda*.¹¹⁹

Vê-se que a doutrina jurídica, ainda que possa vir a contribuir para o conhecimento do direito, do ponto de vista do realismo jurídico analítico não se caracteriza efetivamente como metalinguagem que tem por objeto a descrição do direito, ou seja, atividade de mera decodificação de textos que veiculam enunciados normativos. De fato, a doutrina jurídica também é um *meio de produção de normas*, um modo pelo qual se apresenta o "discurso dos intérpretes" com suas diferentes técnicas de produção normativa já mencionadas, a saber:

- (i) criação de lacunas normativas e axiológicas;
- (ii) criação de hierarquias axiológicas entre normas;
- (iii) especificação de princípios;
- (iv) ponderação de princípios em conflito;
- (v) elaboração de padrões não explícitos ou normas "implícitas".¹²⁰

Posto isto, considera-se que a doutrina jurídica não pode ser adequadamente considerada "ciência jurídica", devendo ser apreendida, por seu caráter prescritivo — assim como as decisões judiciais em relação às quais exerce influência — como objeto da ciência jurídica.¹²¹

(v) A colonialidade da doutrina e pressupostos do realismo jurídico analítico

Tratando-se do direito administrativo, a doutrina sempre ocupou posição nomogenética privilegiada. Este ramo do moderno direito público é originário da construção doutrinária e jurisprudencial dedicada à interpretação e aplicação do princípio da "separação dos poderes" do Estado proclamado pela Revolução de

¹¹⁹ Riccardo Guastini, « Il realismo giuridico ridefinito », *Revus* [Online], 19 | 2013.

¹²⁰ Ibidem.

¹²¹ Sobre a relação entre a dogmática jurídica e a interpretação judicial, Guastini afirma que "(...) pienso que son los juristas – más bien que los jueces – los que "construyen" el Derecho, y que es la dogmática jurídica la que forja la *forma mentis* de los jueces", in (Manuel Atienza, "Entrevista a Riccardo Guastini", p. 463, in *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 27, 2004, pp. 457-473.

1789.¹²² Como destacou Lafayette Pondé, “a construção é puramente teórica: o regime administrativo não é uma fonte do poder, mas uma contenção das autoridades; e se essas autoridades devem ser ‘separadas’, não há como as do Executivo depender do Legislativo, ou do Judiciário (Montesquieu)”,¹²³ assim, a doutrina e a jurisprudência do *Conseil d’Etat* inventaram o direito administrativo que serviria de modelo ao Brasil e a outros países ocidentais.

Se a genética do direito administrativo revela sua legítima filiação ao discurso dos intérpretes, a elaboração teórica brasileira sobre o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa também confirma a tese epistemológica do realismo jurídico analítico que considera a doutrina ou dogmática jurídica como parte essencial do objeto de estudo da ciência jurídica, diversamente daquela filosofia analítica que encara a dogmática apenas como metalinguagem das fontes normativas. A doutrina, como uma modalidade de discurso dos intérpretes, é efetivamente um instrumento criativo que (re)modela e enriquece seu próprio objeto, vale dizer, tem uma função nomogenética, porque ninguém aplica a lei e concretiza o direito sem um mínimo conhecimento jurídico.¹²⁴

A opção metodológica da investigação pelo realismo jurídico analítico tenta superar o problema causado pela confusão entre *processo* e *produto* normativos,¹²⁵ visualizando pragmaticamente os enunciados normativos do direito positivo (*produto*) como base elaboração doutrinária das “diretivas de *sententia ferenda*”, da qual nos fala Guastini,¹²⁶ precipuamente destinadas aos órgãos competentes para aplicação do direito, os quais, ao manejarem o instrumental teórico na atividade de julgamento dos casos concretos (*processo*), produzem novos enunciados normativos (*produto*).

Tratando-se do modelo de controle jurisdicional da discricionariedade administrativa no Brasil, como pretende-se demonstrar, ele é hoje muito menos um

¹²² Neste sentido, cf. Prosper Weil, *O Direito Administrativo* (trad. do francês *Le Droit Administratif* por Maria da Glória Ferreira Pinto), Coimbra: Livraria Almedina, 1977, pp. 11-13.

¹²³ Lafayette Pondé, “A doutrina e a jurisprudência na elaboração do direito administrativo”, p. 85, in *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, nº 196, pp. 85-93, abr./jun. 1994.

¹²⁴ Cf. Riccardo Guastini, “Il realismo giuridico ridefinito”, *Revus* [Online], 19/2013. Em sentido muito próximo ao conceito de “discurso do intérprete”, Miguel Reale já afirmava que “a lei, que é a fonte mais geral do Direito, não pode atingir a sua plenitude de significado sem ter, como antecedente lógico e necessário, o trabalho científico dos juristas e muito menos atualizar-se sem a participação da doutrina.” (*Lições preliminares de Direito*, 25ª ed., 22ª tiragem, São Paulo: Editora Saraiva, 2001, pp. 167-168.)

¹²⁵ Sobre a relação processo-produto, cf. Carlos Santiago Nino, *Introducción al análisis del derecho...*, pp. 261 e 318.

¹²⁶ Riccardo Guastini, « Il realismo giuridico ridefinito », *Revus* [Online], 19 | 2013.

produto do direito positivo conformado pelos enunciados normativos do “discurso das fontes” (Constituição, leis, decretos ou qualquer outro ato normativo) e mais um produto da atribuição de sentidos e significados aos enunciados das fontes pelo “discurso dos intérpretes”. A modelagem, neste caso, desprende-se radicalmente dos enunciados normativos das fontes de direito e aperfeiçoa-se a partir de pressupostos e finalidades elaboradas exclusivamente pela dogmática e pela jurisprudência.

Outra razão para o enquadramento teórico realista analítico é de natureza metaética, relacionado ao dever de uma investigação buscar compreender seu objeto não só como um elemento puramente metafísico (*dever-ser*), mas também como fenómeno de natureza social, política e cultural que emerge da atividade dos “operadores legais”, irremediavelmente impregnados ou condicionados por interesses práticos (político, económico, profissional, etc.), ideais de justiça e constructos conceituais elaborados pela doutrina. No direito administrativo, como em outros ramos do direito público, fica evidenciada mais claramente esta “superposição das teorias políticas e jurídicas que acompanham a formação do Estado moderno” e do próprio direito enquanto ordenamento normativo que vai “sintetizar plasticamente o processo de estatização do Direito e juridificação do Estado” por meio de uma interpretação teórica (científica) e outra ideológica (política).¹²⁷

Na identificação dos fundamentos ideológicos da dogmática do *controle extremo* da discricionariedade administrativa no Brasil recorre-se ao conceito de “colonialidade do poder”, formulado por Anibal Quijano¹²⁸ para comunicar o resultado da imposição “[d]a racionalidade hegemônica, [d]o modo dominante de produção de conhecimento” que os europeus elaboram “sistematicamente a partir do século XVII na Europa, como expressão e como parte do processo de eurocentralização do padrão de poder colonial/moderno/capitalista.”¹²⁹ Com base na formulação de Quijano, Walter Mignolo vai identificar na produção científica latinoamericana a “colonialidade do saber”, conceito proposto para nomear “a lógica subjacente da fundação e do desdobramento da

¹²⁷ Norberto Bobbio, in Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino, *Dicionário de Política*, 7ª ed., vol. 1, Brasília: Editora Universidade de Brasília, p. 353, 1995.

¹²⁸ “Colonialidad y Modernidad/Racionalidad”, originalmente publicado na *Revista del Instituto Indigenista Peruano*, vol. 13, nº 29, Lima, pp. 11-20, 1992.

¹²⁹ “Colonialidade, poder, globalização e democracia”, p. 5, in *Novos Rumos*, Ano 17, nº 37, pp. 4-28, 2002.

civilização ocidental desde o Renascimento até hoje, da qual colonialismos históricos têm sido uma dimensão constituinte.”¹³⁰

As obras de Quijano, Mignolo e de outros autores latino-americanos vão estruturar diversas linhas de investigação específicas que integrarão o chamado “*giro decolonial*”,¹³¹ nome dado ao “movimento de resistência teórico e prático, político e epistemológico, à lógica da modernidade/colonialidade”, aparecendo, portanto, como “o terceiro elemento da modernidade/colonialidade.”¹³²

A colonialidade na doutrina de direito administrativo brasileiro apresenta-se em duas características que desafiam análises mais aprofundadas e que refogem ao objeto da dissertação: (i) a transposição mecânica e a aplicação distorcida do modelo jurídico-político liberal de matriz europeia para um país absolutista e escravagista; (ii) teses baseadas exclusivamente em dogmas e axiomas do direito administrativo continental-europeu recebidos acriticamente desde os “pais fundadores” da doutrina administrativista nacional.¹³³

A epistemologia e metodologia adotada pela investigação reivindica, pois, sua inserção no giro decolonial no sentido de que pretende apontar o substrato metaético e teórico-metodológico que subordina a dogmática jurídica nacional na

¹³⁰ Walter Mignolo, “Colonialidade: O lado mais escuro da modernidade”, p. 2 (trad. de Marco Oliveira da “Introdução” de *The darker side of western modernity: global futures, decolonial options*, Durham: Duke University Press, 2011), in *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, vol. 32, nº 94, pp. 1-18, Junho/2017.

¹³¹ Dentre as diversas em linhas de investigação próprias que integram o chamado “giro decolonial”: “interculturalidade e colonialidade do poder” (Catherine Walsh), “colonialidade do ser” (Nelson Maldonado-Torres), “biocolonialidade do poder” (Juan Camilo Cajigas-Rotundo), “colonialidade linguística e epistêmica” (Fernando Garcés), para ficar restrito aos trabalhos que integram a coletânea *El giro decolonial: reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global*, Santiago Castro-Gómez y Ramón Grosfoguel (compiladores), Bogotá: Siglo del Hombre Editores - Universidad Central/Instituto de Estudios Sociales Contemporáneos y Pontificia Universidad Javeriana/Instituto Pensar, 2007.

¹³² Termo proposto por Nelson Maldonado-Torres, em 2005, durante evento realizado em Berkeley chamado *Mapping Decolonial Turn*, conforme anota Luciana Ballestrin, para quem, “basicamente, a decolonização é um diagnóstico e um prognóstico afastado e não reivindicado pelo *mainstream* do pós-colonialismo, envolvendo diversas dimensões relacionadas com a colonialidade do ser, saber e poder. (...) O processo de decolonização não deve ser confundido com a rejeição da criação humana realizada pelo Norte global e associado com aquilo que seria genuinamente criado no Sul, no que pese práticas, experiências, pensamentos, conceitos e teorias. Ele pode ser lido como contraponto e resposta à tendência histórica da divisão de trabalho no âmbito das ciências sociais (Alatas, 2003), na qual o Sul Global fornece experiências, enquanto o Norte Global as teoriza e as aplica (Connell, 2012). Nesse sentido, é revelador que ao esforço de teorização no Brasil e na América Latina caibam os rótulos de “pensamento” e não “teoria” social e política.” (Luciana Ballestrin, “América Latina e o giro decolonial”, in *Revista Brasileira de Ciência Política*, nº 11, Brasília, May/Aug. 2013)

¹³³ Diante do objeto e limites da investigação, não apuramos a existência de referências quanto ao colonialismo do saber e “giro decolonial” na área do direito administrativo. A respeito da aplicação do conceito de colonialidade no direito brasileiro, cf. Ruan Didier Bruzaca e Sarah Valery Mano Queiroz, “Sobre a colonialidade no direito e as perspectivas de descolonização no contexto dos países latino-americanos”, in *Revista Paradigma*, Ribeirão Preto-SP, Ano XXIII, v. 27, nº 1, p. 300-317, jan/abril 2018.

descrição e interpretação do mecanismo de controle jurisdicional da discricionariedade administrativa no Brasil, levando-a à desconsideração dos enunciados das fontes normativas positivas constantes da Constituição de 1988 e da realidade político-institucional.

Assim é que o sistema constitucional prescreve um modelo de administração executiva baseado no princípio da separação de poderes, cujos corolários são a legalidade administrativa e a reserva de administração, dentro das quais deve operar a atividade discricionária da Administração Pública.¹³⁴ Contudo, a doutrina brasileira descola-se dos enunciados das fontes sob influência de constructos metodológicos exclusivamente fundados numa *episteme* europeia¹³⁵ e nos cânones da produção contemporânea do direito constitucional e administrativo europeu, as quais expressariam, para a corrente majoritária da doutrina nacional, o momento mais avançado do conhecimento humano e último estado da arte da ciência jurídica, percebida esta última como um caminho único e unidirecional a excluir o pensamento colonizado da possibilidade de produzir, desenvolver e aplicar um conhecimento científico que forneça explicações verdadeiras e objetivas para descrever adequadamente as realidades locais.

¹³⁴ Cf. Constituição da República: Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. (...) Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: I - nomear e exonerar os Ministros de Estado; II - exercer, com o auxílio dos Ministros de Estado, a direção superior da administração federal; (...)

¹³⁵ Segundo Michel Foucault, “por *episteme* entende-se, na verdade, o conjunto das relações que podem unir, em uma dada época, as práticas discursivas que dão lugar a figuras epistemológicas, a ciências, eventualmente a sistemas formalizados; o modo segundo o qual, em cada uma dessas formações discursivas, se situam e se realizam as passagens à epistemologização, à cientificidade, à formalização; a repetição desses limiares que podem coincidir, ser subordinados uns aos outros, ou estarem defasados no tempo; as relações laterais que podem existir entre figuras epistemológicas ou ciências, na medida em que se prendam a práticas discursivas vizinhas mais distintas. A *episteme* não é uma forma de conhecimento, ou um tipo de racionalidade que, atravessando as ciências mais diversas, manifestaria a unidade soberana de um sujeito, de um espírito ou de uma época; é o conjunto das relações que podem ser descobertas para uma época dada, entre as ciências, quando estas são analisadas no nível das regularidades discursivas.” (*Arqueologia do saber*, 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002. pp. 217)

Secção II – O papel da doutrina na erosão da legalidade administrativa no Brasil

§ 4. Doutrina administrativista e a erosão da legalidade

(i) A erosão da legalidade e o controle jurisdicional da discricionariedade

a) A progressiva erosão do princípio da legalidade

Em França, pátria-mãe do direito administrativo continental-europeu, já no ocaso do século XIX o discurso dos intérpretes lançou as bases teóricas sobre as quais se assentaria o processo de erosão do paradigma da legalidade em sua concepção clássica de subordinação da Administração Pública exclusivamente à lei, entendida como produto da deliberação do Parlamento. O controle jurisdicional da atividade administrativa discricionária da Administração Pública foi paulatinamente ampliado pelos tribunais sem que houvesse qualquer alteração do direito constitucional positivo. A dogmática forneceu ao longo do século XX os elementos necessários para que a legalidade administrativa se tornasse suficientemente porosa e permeável a um controle jurisdicional cada vez mais amplo, geral e irrestrito. Este processo de erosão paradigmática da legalidade administrativa tem desdobramentos globais e contemporâneos, complexificando-se cada vez mais na trama das relações entre a economia, a política e o direito de modo a colocar-se como o grande desafio ao direito administrativo contemporâneo e à sua ciência.¹³⁶

O modelo de controle da jurisdicional da discricionariedade desenvolveu-se *pari passu* e de maneira diretamente proporcional ao processo de erosão da legalidade administrativa, corolário do “princípio da legalidade” aplicado à Administração Pública e que originariamente orientava-se, segundo anotou Charles Eisenmann em 1957, à regular as relações “leis-atos administrativos” e “Administração

¹³⁶ Adota-se a bem conhecida noção kuhniana de “paradigma” nos dois sentidos atribuídos por seu autor: i) para indicar o conjunto de crenças, valores, técnicas, etc., partilhadas pelos membros de uma comunidade determinada; ii) e para indicar as soluções concretas de “quebra-cabeças que, empregadas como modelos ou exemplos, podem substituir regras explícitas como base para a solução dos restantes quebra-cabeças da ciência normal”. Assim, “um paradigma é aquilo que os homens de uma comunidade partilham e, inversamente, uma comunidade científica consiste em homens que partilham um paradigma”. Thomas S. Kuhn, *A estrutura das revoluções científicas*, 7ª ed. (trad. do inglês *The structure of scientific revolutions* por Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira), São Paulo: Perspectiva, 2003, p. 218.

e o Parlamento-Legislator”, compreendendo unicamente as normas legislativas, ou seja, o conjunto de leis no sentido do direito constitucional positivo.¹³⁷ Na altura, diante da doutrina francesa que postulava a ampliação do conteúdo e alcance do princípio da legalidade tornando-o “um preceito perfeitamente indeterminado”, referindo-se às teses de Maurice Hauriou (divulgadas já em 1900)¹³⁸ e de seu discípulo André de Laubadère (*Traité Élémentaire de Droit Administratif*, 1953), Eisenmann constatou:

Mas é um fato hoje: a maioria da doutrina administrativa, ao que parece, e, em todo o caso, os seus representantes mais marcantes, perfilham outros caminhos. Para eles, o princípio de legalidade define uma relação entre os atos - ou as ações da Administração e não mais tão-somente as normas legislativas, mas, no mínimo, tôdas as espécies de normas de direito que têm ou podem ter a marca daqueles atos; “a legalidade”, como objeto, é, no mínimo, (...) o conjunto a) das leis constitucionais; b) das leis ordinárias; c) dos regulamentos; d) dos tratados internacionais; e) dos usos e costumes; f) das normas jurisprudenciais, entre as quais, em primeiro plano, os princípios gerais do direito, - ou seja, quatro elementos de caráter “escrito”, dos quais os dois primeiros constituem o “bloco legal” (Hauriou), os três primeiros o “bloco legal das leis e regulamentos”, e dois elementos de caráter “não escrito”.¹³⁹

Na tentativa de esclarecer “qual o destino reservado ao princípio [da legalidade] pelo direito administrativo, isto é, em que medida êste o consagra ou dêle se afasta”, além de Hauriou e Labaudère, Eisenmann refere-se a Georges Vedel (*La soumission de l'Administration à la loi*, 1952), quem teria ido mais longe na esfumação dos limites da legalidade ao adicionar ao rol de preceitos vinculantes da Administração as normas peculiares aos atos administrativos e aos contratos, para identificar a legalidade “pura e simplesmente com a regulamentação jurídica em seu todo, com o ‘direito vigente’”, dando ensejo à existência de “duas ou três concepções do princípio de legalidade”: a concepção original e mais restritiva e o “novo conceito médio”, do qual “passar-se-á sem dificuldade para o conceito extremo”.¹⁴⁰

¹³⁷ Charles Eisenmann, “O direito administrativo e o princípio da legalidade”, p. 49, (trad. por Ruth Barbosa Goulart de “Le Droit Administratif et le Principe de Légalité”, in *Études et Documents - Conseil d'Etat*, nº 11, pp. 25-55,), in *Revista de Direito Administrativo*, v. 56, Rio de Janeiro, abr. jun. 1959, pp. 47-70.

¹³⁸ Maurice Hauriou trata da questão “De la soumission au ‘bloc légal’ de toutes les existences sociales y compris l’Etat lui-même” (“Da submissão ao ‘bloco legal’ de toda a existência social, incluindo o próprio Estado”, em seu *Précis de droit administratif et de droit public général: à l’usage des étudiants en licence et en doctorat às-ciências politiques*, Paris: Hachette, s/d, fac-símile da edição de 1900, apud Renato Albuquerque Deák e Edilson Pereira Nobre Junior, “O princípio da legalidade e os limites do poder regulamentar”, p. 145, in *Revista Acadêmica – Faculdade de Direito do Recife*, Vol. 89, nº 01, jan.-jun. 2017, pp. 144-167.

¹³⁹ Ibidem, p. 49.

¹⁴⁰ Ibidem, p. 50.

Também em França, Prosper Weil vai identificar, em 1964, concepções doutrinárias que colocam em xeque o “significado originário e forte da noção de legalidade” enquanto “subordinação à lei, isto é, ao parlamento”. Weil afirma que “o termo legalidade recebeu um significado mais lato e tornou-se sinónimo de regularidade jurídica, de juridicidade”. Antes de referir-se também ao “bloco da legalidade” criado por Hauriou, que “compreende hoje o conjunto de regras jurídicas que limitam a actividade administrativa”, Weil assinala que como efeito da atribuição deste sentido mais lato de legalidade “o direito administrativo, privado de seu suporte político e histórico, tornar-se-ia incompreensível.”¹⁴¹

A relação direta entre indeterminação do princípio da legalidade e a ampliação do controle jurisdicional da Administração Pública em França não passou despercebida por Eisenmann ou Weil. No final de seu já citado artigo, após discorrer sobre a incertezas crescentes da dogmática quanto a (in)determinação das fontes normativas do princípio da legalidade e descrever os conceitos de “legalidade por compatibilidade” e “legalidade por conformidade”,¹⁴² Eisenmann conclui que no sistema jurídico-administrativo francês a legalidade no seu sentido original e mais restrito já não era observada pelo controle realizado pela jurisdição administrativa, uma vez que o fundamento de muitos atos administrativos (atos materiais e atos regulamentares) “escapava totalmente” à legalidade enquanto princípio de conformidade, valendo apenas como regra geral, existindo, “com efeito, ao lado dos ‘podêres legais’, um certo número de ‘podêres jurisprudenciais’” e, no tocante à legalidade como preceito de não-contrariedade ou compatibilidade com a lei, “o juiz dá origem a um certo número de atentados de princípio à essa lei (...). Afastando a lei, corrigindo-a, faz então o direito, torna a fazê-lo”, razão pela qual inverte-se o “dogma de que leis são mestras das

¹⁴¹ Prosper Weil, *O Direito Administrativo* (trad. do francês *Le Droit Administratif* [1964] por Maria da Glória Ferreira Pinto), Coimbra: Livraria Almedina, 1977, p. 117.

¹⁴² “Parece-me que, na realidade, acontece o seguinte: quando se fala de legalidade dos atos administrativos, pode-se pensar em uma ou em outra de duas relações extremamente diferentes, às quais correspondem duas noções do princípio de legalidade, uma delas poder-se-ia chamar (e ver-se-á a razão) de mínima, e a outra, de máxima. Segundo a noção mínima, a legalidade é uma relação de não-contrariedade, de não-incompatibilidade, ou, positivamente, de compatibilidade. Segundo a noção máxima, a legalidade é uma relação de conformidade.” (...) “O ‘princípio de compatibilidade’ permitirá à Administração fazer tudo o que não lhe seja, de uma forma ou de outra, interdito pela lei. O ‘princípio de conformidade’ não lhe permitirá fazer o que não lhe fôr permitido, de uma forma ou de outra, por esta mesma lei. lhe fôr permitido, de uma forma ou de outra, por esta mesma lei. E a ausência de lei relativa a um ato, que assegura *a priori* sua não-contrariedade, exclui pelo contrário *a priori* sua conformidade.” (Charles Eisenmann, “O direito administrativo e o princípio da legalidade” ..., pp. 54 e 56)

decisões dos juízes”, porque, na realidade, “muitas vezes, os juízes manifestam-se mestres da leis.”¹⁴³

Aparentemente mais otimista que Eisenmann, na conclusão da obra *O direito administrativo* Prosper Weil firmará partido pela indeterminação do princípio da legalidade e remeterá à doutrina e à jurisprudência a tarefa de superação das “ultrapassadas mística da lei e a distinção entre actos legislativos e administrativos numa época em que relações do Parlamento com o executivo já não correspondem às concepções do século XIX”, afirmando na frase que fecha a citada obra que “a doutrina e a jurisprudência, estejamos seguros, saberão proceder ajustamentos necessários, construindo sobre os mitos do actual, o direito administrativo de amanhã.”¹⁴⁴

A doutrina francesa, aplicada a um modelo de controle da legalidade administrativa que difere totalmente do modelo brasileiro de jurisdição, fertilizou a doutrina local na elaboração dos fundamentos da ampliação do controle jurisdicional da Administração Pública, em especial, do controle de atos praticados no exercício das competências discricionárias deliberadamente franqueadas pelo legislador para que o administrador possa escolher entre duas ou mais soluções diante do caso concreto ou, ainda, aquelas competências discricionárias resultantes das margens de decisão que se abrem no ordenamento jurídico como decorrência de incertezas linguísticas acerca dos enunciados normativos que encontram-se à montante da própria determinação da lei pelo Poder Legislativo.¹⁴⁵

Não obstante os fundamentos constitucionais do controle da discricionariedade administrativa no Brasil (*judicial review*) e dos seus limites funcionais (princípios da separação de poderes e da legalidade) permanecerem idênticos desde a primeira Constituição da República (1891) até a promulgação da Constituição de 1988, mudanças relevantes foram introduzidas no ordenamento jurídico pela contribuição da dogmática administrativista para a (re)modelação do controle jurisdicional da discricionariedade.

Posto isto, pretende-se demonstrar o papel determinante dos fundamentos dogmáticos no processo de erosão da legalidade administrativa que vai

¹⁴³ Op. cit., pp. 69-70.

¹⁴⁴ Prosper Weil, *O Direito Administrativo...*, p. 171.

¹⁴⁵ David Duarte, “A discricionariedade administrativa e a competência (sobre a função administrativa) do Provedor de Justiça”, pp. 39-40, in *O Provedor de Justiça – Novos Estudos*, Lisboa: Provedoria de Justiça – Divisão de Documentação, 2008, pp. 33-77.

permitir a configuração do modelo de controle jurisdicional da discricionariedade no Brasil contemporâneo, *apesar do direito constitucional positivo*. A reconstituição do processo será feita por meio da recuperação de elementos bibliográficos produzidos pela corrente principal da doutrina brasileira ao longo do século XX e XXI, ou seja, o produto do pensamento teórico de autores de referência da academia e da jurisprudência dos tribunais no âmbito do direito administrativo em geral e no tema do controle jurisdicional da discricionariedade administrativa, em particular.

É preciso destacar, por fim, que o termo *erosão* aplicado ao princípio da legalidade foi utilizado por Manoel Gonçalves Ferreira Filho em artigo publicado em São Paulo, em 1977, para referir-se à inflação legislativa causada pelo Estado governado pela ditadura militar, que utilizava a lei para solução de problemas contingentes e, assim, produzia incerteza e insegurança jurídica.¹⁴⁶ Mais recentemente, Paulo Otero vai relacionar o termo *erosão* ao princípio da legalidade em pelo menos três sentidos diversos. O primeiro, aplicado à função legislativa, decorreria do fato de que “a profunda evolução do significado e do valor da Constituição (...) veio colocar limites procedimentais e materiais ao exercício da função legislativa, transformando a lei num ato subordinado”; numa segunda e terceira acepções, aplicadas à Administração Pública, o autor refere-se à “erosão na legalidade da actuação administrativa provocada pelas ‘normas legais em branco’” e à “derrogação administrativa, revelando também a erosão da legalidade, [que] confere aos órgãos administrativos uma verdadeira disponibilidade sobre a estatuição legal.”¹⁴⁷

Nenhum dos sentidos utilizados pelos autores citados é aquele conotado pelo termo *erosão* neste trabalho. Por *erosão da legalidade* quer se indicar o processo de progressiva indeterminação do princípio da legalidade cuja causa encontra-se na relativização de seu conteúdo originário pela doutrina e jurisprudência. Esta indeterminação, nos sistemas jurídicos-administrativos de matriz continental-europeia, tem como ponto de referência inicial a doutrina francesa do “bloco da legalidade” (Hauriou) e, no Brasil, em matéria de controle da legalidade administrativa, teve início com a recepção da tese do controle do ato discricionário por desvio de poder ou de finalidade e atinge o ápice contemporaneamente nas teses que advogam o

¹⁴⁶ Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “O princípio da legalidade”, in *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*, nº 10, 1977, p. 16.

¹⁴⁷ *Legalidade e Administração Pública: O sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, 2ª reimp. da edição de Maio/2003, Coimbra: Edições Almedina, 2011, pp. 154 e 904.

controle jurisdicional extremo realizado pela aplicação direta da Constituição pelo intérprete sem qualquer mediação das regras legais, baseado na primazia dos princípios sobre as regras e na ponderação dos princípios pela argumentação *ad hoc*.¹⁴⁸

b) Sincretismo metodológico da doutrina de direito administrativo

Desde o Segundo Reinado (1840-1889) a doutrina administrativista autóctone sobre o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa tem apropriado-se mecanicamente do pensamento jurídico-político continental-europeu e aplicado-o à realidade brasileira *tout-court*. A doutrina condicionada transpõe referências empíricas e dogmáticas produzidas em países como França, Itália, Alemanha, Portugal, Espanha etc. (para ficar nas nacionalidades dos autores mais referenciados pelo cânone nacional), no entanto, a realidade normativa e político-institucional brasileira é dessemelhante a ponto da transposição e aplicação parecerem, em determinados momentos históricos, paródias ou caricaturas.¹⁴⁹

No tema do controle jurisdicional da discricionariedade parece ocorrer o fenômeno do *sincretismo metodológico* que Virgílio Afonso da Silva identificou na doutrina de direito constitucional brasileiro. Segundo o autor, “a doutrina jurídica recebe de forma muitas vezes pouco ponderada as teorias desenvolvidas no exterior”. Tratando da seara dos direitos fundamentais, que impacta fortemente as teorias administrativistas sobre a intensidade e limites do controle jurisdicional da discricionariedade administrativa, o sincretismo metodológico manifestar-se-ia, por exemplo, pela utilização combinada da teoria *estruturante do direito* de Friedrich Müller e da teoria do *sopesamento de direitos fundamentais*, de Robert Alexy, como se houvesse a possibilidade de utilizá-las, ao mesmo tempo, “ainda que em grande parte

¹⁴⁸ Esta acepção aproxima-se de um dos sentidos propostos por Paulo Otero, porém, em direção valorativa oposta, haja vista que o fenômeno da aplicação direta da Constituição no Brasil é tratado neste trabalho como um fenômeno pernicioso, uma vez que concorda-se com Lenio Luiz Streck quando este afirma que “como os tribunais [brasileiros] não estão acostumados a julgar por princípios e, sim, por política(s), acaba predominando um ‘jogo interpretativo *ad hoc*: quando interessa, vale a palavra da lei, a sua sintaxe, o verbo nuclear, etc.; quando não interessa, as palavras são fugidias, líquidas, amorfas...” (“É possível fazer direito sem interpretar?”, in *Consultor Jurídico – Conjur*, 19 de abril de 2012)

¹⁴⁹ Sobre esta falsa identificação do brasileiro com a ordem social e cultural europeia, Roberto Schwarz afirma que “assim, com método, atribui-se independência à dependência, utilidade ao capricho, universalidade às exceções, mérito ao parentesco, igualdade ao privilégio etc. Combinando-se à prática de que, em princípio, seria a crítica, o Liberalismo fazia com que o pensamento perdesse o pé. “*Ao vencedor as batatas – forma literária e processo social nos inícios do romance brasileiro*, 2ª ed., São Paulo: Livraria Duas Cidades, 1891, p. 18.

incompatíveis.”¹⁵⁰ Silva dá exemplos de questões retóricas que exsurgem em matéria constitucional diante do *sincretismo metodológico*:

(1) Como harmonizar a idéia de unidade da constituição com a existência de colisão entre direitos fundamentais? (2) Como conciliar o método estruturante e a idéia de sopesamento? (3) Como compatibilizar o método clássico, que, na versão de Forsthoff, tem cariz marcadamente positivista, com o método estruturante, explicitamente pós-positivista? (4) Como articular, por fim, um catálogo tópico de princípios de interpretação com métodos que não tratam princípios como *topoi*?¹⁵¹

No direito administrativo, em matéria de controle jurisdicional da discricionariedade administrativa, observa-se fenômeno semelhante. O alargamento ilimitado do controle jurisdicional é justificado pelo controle principiológico da atividade discricionária da Administração, que é realizado por meio do “sopesamento de princípios” diante do caso concreto. É um lugar comum da doutrina invocar as teses de Ronald Dworkin — crítico incondicional da discricionariedade judicial no sistema de *common law* —¹⁵², relativizando-se, inclusive, as peculiaridades do direito brasileiro decorrentes de sua filiação à tradição da *civil law*, para justificar o controle principiológico da discricionariedade administrativa mediante a “ponderação de princípios” nos moldes metodológicos propostos por Robert Alexy,¹⁵³ o qual aumenta a discricionariedade judicial. Ainda mais, como observou Lenio Luiz Streck, “nesta algaravia teórica – que repercute em nossa práxis jurídica – Ronald Dworkin é colocado, ao lado de Robert Alexy, como um dos nomes de maior expressão nesse novo **modus** de pensar e fazer o direito”, associando-se os autores para justificar o método da “ponderação”, que segundo Streck “como qualquer método, tenta esconder, sob o véu da racionalidade, um

¹⁵⁰ Para manifesta incompatibilidade de Müller com a ideia de sopesamento de direitos de Alexy, Silva cita suas obras *Juristische Methodik*, pp. 220-221 e *Die Positivität der Grundrechte*, p. 24. Cf. “Interpretação constitucional e sincretismo metodológico”, passim, in Virgílio Afonso da Silva (org.), *Interpretação constitucional*, São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 115-143.

¹⁵¹ Idem, op. cit., p. 136.

¹⁵² A teoria dworkiana do direito se opõe à tese do *soft positivism* sobre o uso do “poder discricionário” do juiz para resolver os “casos difíceis”, como observou o próprio Herbert L.A. Hart no “Pós-Escrito” de *O conceito de direito*, 6ª ed. [trad. de Armindo Ribeiro Mendes], Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011, pp. 299 e ss. Por outro lado, Dworkin defende que as decisões judiciais têm de ser a ver com uma “questão de princípio”, pois o juiz é obrigado a adotar o “melhor” princípio moral vigente, mais equânime e coerente com a tradição do sistema jurídico ao qual pertence (Cf. Ronald Dworkin, *Levando os direitos a sério* [tradução de Nelson Boeira], São Paulo: Martins Fontes, 2002, pp. 518 e 533).

¹⁵³ Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2ª ed., 2ª tiragem, (trad. de Virgílio Afonso da Silva da 5ª ed. de *Theorie der Grundrechte*), São Paulo: Malheiros Editores, pp. 584-611.

subjetivismo que primeiro escolhe e depois, retoricamente, encontra uma pretensa justificação”.¹⁵⁴

O sincretismo metodológico na doutrina de direito administrativo é relacionado por Gustavo Binenbojm ao descrever a mudança de paradigmas quanto à “noção de um princípio que preconize a prevalência do interesse público *a priori*”, destaca “a lição clássica de Robert Alexy” quanto aos “princípios jurídicos como *mandados de otimização*”, associando a “lição” à diferença de aplicação entre princípios e regras de Ronald Dworkin (“tudo ou nada”) para justificar o uso da “técnica de ponderação” que “encontra aplicação tanto nos países que adotam o sistema de *common law*, como do sistema continental-europeu” para “controle da discricionariedade administrativa e da *racionalização* dos processo de definição do interesse público prevalente”.¹⁵⁵

A “proporcionalidade” e as “técnicas” de “sopesamento” ou “ponderação de princípios” constantemente referidos pela doutrina e jurisprudência brasileiras, supostamente latreadas nos casos julgados do Tribunal Federal Constitucional alemão e na metodologia proposta por Robert Alexy, são instrumentos jurídicos de controle da atividade administrativa cujas cargas semânticas e pragmáticas originais são subtraídas. Isto ocorre porque tais conceitos foram concebidos originariamente como mecanismos voltados ao controle do exercício de competências discricionárias reconhecidas e delegadas democraticamente pelo Parlamento alemão à Administração Pública para que esta pudesse ter meios aptos à consecução de seus fins de interesse público.¹⁵⁶ Assim, conforme esclarece José Manuel Sérulo Correia, observar-se-ia no direito administrativo alemão uma tendência de utilização de conceitos indeterminados e da delegação de discricionariedade administrativa que seria objeto de controle jurisdicional pela proporcionalidade (*Verhältnismässigkeit*) para exclusiva verificação da violação dos Direitos Fundamentais.¹⁵⁷ No Brasil, a proporcionalidade e a ponderação de princípios, em razão dos critérios erráticos e ambiguos descritos pela doutrina e aplicados pelos tribunais, são utilizadas para reduzir a zero a

¹⁵⁴ Lenio Luiz Streck, “Porque a discricionariedade é um grave problema para Dworkin e não o é para Alexy (Dossiê Ronald Dworkin)”, p. 364, *Revista Direito e Práxis*, vol. 4, nº 7, 2013, pp. 343-367. (destaque no original)

¹⁵⁵ O autor cita Robert Alexy, *Teoria de los derechos fundamentales*, 1993, p. 86 e Ronald Dworkin, *Taking rights seriously*, 1998, p. 24. Cf. Gustavo Binenbojm “A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos”, p. 510-511, in Luís Roberto Barroso [Org.], *A reconstrução democrática do direito público no Brasil*, pp. 499-546, Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

¹⁵⁶ José Manuel Sérulo Correia, *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*, Coimbra: Livraria Almedina, 1987, p. 77.

¹⁵⁷ Idem, op. cit., p.113

discrecionariedade administrativa democraticamente conferida à Administração Pública, substituindo-a pela discrecionariedade judicial em nome da ponderação de princípios explícito ou implícitos, valores, interesses e bens circunstancialmente considerados.

Um exemplo típico de tentativa de fundamentação desta postura intrusiva do controle jurisdicional encontra-se na obra monográfica de Juarez Freitas sobre o controle dos atos administrativos. O autor faz apologia do controle da Administração Pública com base num “catálogo de princípios fundamentais” revelados por ele a partir de “interpretação sistemática”. Ao discorrer sobre “tendências e transformações do Direito Administrativo [brasileiro]”, nas quais insere o controle principiológico da discrecionariedade administrativa, Freitas afirma que

(...) o controle passa a ter em mente a síntese plural de princípios, em lugar do endeusamento das regras tiranas e e arcaicas. (...) Controle que, bem exercido, induzirá melhora sensível dos indicadores de educação, saúde, segurança e renda, uma vez que as ‘vistas grossas’ cederão lugar à ‘Constituição que administra’ (...).¹⁵⁸

Ora, é de se perguntar quais os recursos, em sentido amplo, que a aplicação de uma doutrina estritamente jurídica pretensamente científica poderá/deverá oferecer ao controle jurisdicional para que este possa contribuir com a “melhora sensível dos indicadores” sociais e econômicos?

Ainda sob inspiração das perguntas retóricas da Virgílio Afonso da Silva aos constitucionalistas, indaga-se aos administrativistas neoconstitucionalistas:

1) Em qual o enunciado constitucional encontra-se o fundamento da substituição da discrecionariedade administrativa pela discrecionariedade judicial na definição de políticas públicas ou qualquer outra decisão político-administrativa?

2) Como conciliar a vinculação da atividade concreta da Administração à Constituição sem qualquer mediação da lei formal que segue prestigiada como fonte primária do direito pela própria Constituição?

3) Como articular o princípio da separação de poderes e da universalidade da jurisdição no controle da discrecionariedade administrativa sem identificar o dever de autocontenção do Poder Judiciário no controle da

¹⁵⁸ Juarez Freitas, *O Controle dos Atos Administrativos e os princípios fundamentais*, 5ª ed. rev. e ampl., São Paulo: Malheiros Editores, 2013, pp. 36 e 38.

discrecionariedade administrativa e de sua deferência ante as prerrogativas constitucionais da Administração Pública?

4) Como harmonizar o princípio da legalidade administrativa com o controle da discrecionariedade realizado com base em princípios não expressos deduzidos pela doutrina?¹⁵⁹

c) Do “Estado de polícia” à primeira fase do controle jurisdicional

É fato consabido que o direito administrativo brasileiro e a produção doutrinária sobre ele resultam substancialmente da recepção, acúmulo e sistematização de elementos da cultura jurídico-política produzidos pela modernidade continental-europeia. A dogmática nacional, em regra, descreve institutos jurídicos desenvolvidos em contextos históricos, políticos e normativos particulares como se fossem realidades transcendentais, neutras e universais, por isso, aplicáveis *tout court* aos sistemas político-institucional e jurídico-constitucional brasileiros. Este padrão verificável na doutrina parece confirmar a percepção de Sérgio Buarque de Holanda ao afirmar que “trazendo de países distantes nossas formas de vida, nossas instituições e nossa visão do mundo, e timbrando em manter tudo isso em ambiente muitas vezes desfavorável e hostil, somos uns desterrados em nossa terra.”¹⁶⁰

A primeira obra de direito administrativo no país (e na América Latina, segundo Caio Tácito) foi escrita por Vicente Pereira do Rego, autor de *Elementos de direito administrativo brasileiro comparado com o direito administrativo francês segundo o método de P. Pradier-Fodéré*, editada em 1857. Caio Tácito, avalia que por “sua finalidade didática, o trabalho do professor pernambucano não se destaca pelo espírito

¹⁵⁹ Fora da *mainstream* da doutrina nacional, Marçal Justen Filho é uma das vozes isoladas a defender que “a discrecionariedade não se confunde com a atividade de interpretação da lei, ainda que ambas as figuras possam refletir uma margem de criatividade do sujeito encarregado de promover a aplicação do direito. A discrecionariedade é um modo de construção da norma jurídica, caracterizado pela atribuição ao aplicador da competência para produzir a solução por meio de ponderação quanto às circunstâncias. (...) Já a interpretação corresponde a uma tarefa de reconstrução de vontade normativa, estranha e alheia ao aplicador (...) não é uma avaliação de conveniência formulada pelo intérprete (...). Na discrecionariedade, a vontade do aplicador é legitimada pelo direito, que não impõe uma solução predeterminada ao caso concreto.” *Curso de Direito Administrativo*, 12ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, pp. 96-97. Crítico também do controle principiológico é Carlos Ari Sundfeld, para quem “vive-se hoje um ambiente de ‘geleia geral’ no direito público brasileiro, em que princípios vagos podem justificar qualquer decisão.” *Direito Administrativo para céticos*, São Paulo: Malheiros Editores, 2012, pp. 60-84.

¹⁶⁰ *Raízes do Brasil*, 26ª ed., 30ª reimp., São Paulo: Companhia das Letras, 2008, p. 31.

inovador ou a intuição criadora”, constituindo-se em “apreciável síntese dos conhecimentos contemporâneos”.¹⁶¹ A erudição manifesta na “apreciável síntese” do pioneiro autor sobre o direito administrativo continental-europeu irá definir-se como padrão para qualificar a doutrina nacional (*quality standard*) representada pela corrente principal (*mainstream*) da produção teórica sobre administrativismo no Brasil, aparentemente em detrimento de qualquer reflexão autônoma sobre as peculiaridades do direito constitucional positivo brasileiro e de sua efetiva aplicação no contexto das relações político-institucionais locais.

A marca do desterro é evidente em outra obra fundadora da doutrina administrativista nacional. Trata-se de *Ensaio sobre o direito administrativo*, editada em 1862 por Paulino José Soares de Souza, o Visconde de Uruguay. O autor, que foi membro do Partido Conservador, do Conselho de Estado e Ministro plenipotenciário de D. Pedro II em França, manifesta sua admiração pelo bom funcionamento da administração francesa e inglesa, impressionado como “tudo se movia com ordem e regularidade, a população tinha confiança na justiça civil, criminal e administrativa”, chegando a especular que “o bom funcionamento da administração talvez fosse responsável pelo fato da população suportar as restrições à liberdade política.”¹⁶² Após proceder ao exame dos trabalhos do Conselho de Estado Brasileiro entre 1842 e 1860, compilou quase todos os escritores de direito administrativo da França, por entender que era o mais completo e desenvolvido da época; procurou “se inteirar das principais feições e jogo das instituições em Portugal, Espanha, Bélgica, Inglaterra e Estados Unidos” para concluir que o sistema administrativos anglo-saxão “não nos é aplicável (p. 226 do 2º vol. do *Ensaio*)”.¹⁶³

O Visconde de Uruguay compara o funcionamento do direito administrativo, da governança política e da Administração Pública do Brasil do 2º Reinado, absolutista e oligárquico, com as realidades destas instituições em França, Inglaterra e Estados Unidos da América, países de tradições liberais. Vai além da descrição dos sistemas estudados para criticar os males da Administração, dentre eles, a cultura do brasileiro de esperar tudo do Estado, o clientelismo, empreguismo, o patronato, a falta de espírito público etc., contudo, sintomaticamente o autor silenciaria

¹⁶¹ Caio Tácito, “O primeiro livro sobre direito administrativo na América latina”, in *Temas de Direito Público: estudos e pareceres*, v. 1, pp. 9-11, Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

¹⁶² José Murilo de Carvalho, *Paulino José Soares dos Santos – Visconde de Uruguay / Coleção Formadores do Brasil*, São Paulo: Editora 34, 2002, p. 28.

¹⁶³ Apud Odete Medauar, *O direito administrativo em evolução*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992, pp. 62-63.

sobre a instituição da escravidão, que só seria abolida formalmente no país quase três décadas após a publicação dos *Ensaio*s, em 1888, deixando de lado a oportunidade de tratar, ainda que marginalmente, das “ambigüidades, sem dúvida, ainda maiores no Brasil do que na França, na relação entre liberalismo e democracia, entre autoridade e liberdade,”¹⁶⁴ as quais não poderiam deixar de influir na conformação do direito administrativo e na atividade da Administração Pública local.

A este trabalho da primeira geração iniciadores da doutrina administrativista do 2º Reinado (1822-1889), integrada pelos autores já citados e por Antonio Joaquim Ribas e Veiga Cabral,¹⁶⁵ suceder-se-á uma geração de manualistas que, no período compreendido entre a República Velha e o Estado Novo (1939-1945), acrescerão à influência predominantemente francesa (sempre em alta), elementos das doutrinas alemãs e italianas.¹⁶⁶ O trabalho de sistematização das bases doutrinárias do direito administrativo brasileiro será completado pela terceira geração de administrativistas cuja produção vai estender-se da década de 1940 até o final dos anos 1970, representada por Temístocles Brandão Cavalcanti, Mário Masagão, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, Onofre Mendes Júnior, Miguel Seabra Fagundes, Lafayette Pondé, Hely Lopes Meirelles, Caio Tácito e José Cretella Júnior, juristas que vão consolidar a predominância da influência francesa, seguida, pela ordem de importância, das doutrinas italiana e alemã, as quais fornecerão as bases conceituais para formulação e interpretação dos institutos do regime jurídico-administrativo brasileiro.¹⁶⁷

A marca do desterro novamente estará presente em grande parte da produção doutrinária de direito administrativo brasileiro sobre a discricionariedade administrativa, caracterizada pela assimilação e transposição acrítica da doutrina europeia sobre o instituto. Para certas posições da doutrina nacional nunca pareceu

¹⁶⁴ José Murilo de Carvalho, op. cit. p.

¹⁶⁵ Antonio Joaquim Ribas assumiu a cátedra de Direito Administrativo da Faculdade de Direito de São Paulo em 1855, seus apontamentos distribuídos aos alunos foram organizados e publicados apenas em 1968 pelo Serviço de Documentação do Ministério da Justiça, sob o título *Direito Administrativo Brasileiro*, com apresentação de Américo Jacobina Lacombe; Veiga Cabral publicou, em 1859, *Direito Administrativo Brasileiro*.

¹⁶⁶ Alcides Cruz, *Noções de direito administrativo brasileiro*, Porto Alegre, 1910; Porto Carreiro, *Lições de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 1918; Rui Cirne de Lima, *Princípio de direito administrativo brasileiro*, Porto Alegre, 1937; Tito Prates da Fonseca, *Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 1939; e Djacir Menezes, *Direito Administrativo Moderno*, Rio de Janeiro, 1943.

¹⁶⁷ Para uma síntese da contribuição do direito francês, italiano, alemão e anglo-americano na formação do direito administrativo brasileiro, cf. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito Administrativo*, 25ª ed., São Paulo: Editora Atlas, 2012, pp. 4-19.

não importar que tal instituto, na sua conformação ideal, não passou no teste de realidade brasileiro porque é produto de um longo processo histórico, político e social peculiar do ocidente europeu: da formação dos Estados nacionais às revoluções liberais; das grandes crises políticas, econômicas e sociais; das reconstruções política-institucionais do século XX até às contradições e desafios da experiência comunitária à qual está submetido contemporaneamente o direito administrativo europeu e sua doutrina.

A tentativa de transposição sincrônica ou diacrônica de conceitos hauridos do discurso da ciência europeia para explicação de uma realidade diversa (e, por vezes, adversa) “descolou” a doutrina colonizada da realidade que ela pretende descrever, analisar e criticar, mostrando-se, por isso, incompatível até mesmo com os pressupostos de objetividade, as pretensões de veracidade e as tarefas reivindicadas pelo modelo da ciência jurídica imitada. A doutrina colonizada não reflete sobre os limites e inadequações da adoção dos esquemas conceituais e teóricos alienígenas como parâmetros científicos exclusivos para a compreensão e descrição da realidade do sistema normativo de direito administrativo local, seja na perspectiva da estática jurídico-constitucional ou sob o viés da dinâmica do sistema político-institucional que conforma as interrelações estabelecidas entre a Administração Pública e as demais funções de poder do Estado brasileiro.

Esta linha de argumentação não pretende fazer o “jogo retórico” de afirmações tais como “a experiência brasileira não é exemplo, porque é autoritária; a estrangeira, porque não é nossa”.¹⁶⁸ O objetivo é chamar a atenção para o fato de que a doutrina administrativista brasileira sobre o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa tem a característica de manter-se distanciada do discurso das fontes do direito positivo e da realidade de sua aplicação do direito administrativo no país, privilegiando elementos dogmáticos originários de realidades normativas e político-institucionais exógenas. Este procedimento vai gerar constructos teóricos altamente emotivos e consequencialistas¹⁶⁹ de caráter eminentemente ideológico,¹⁷⁰ incompatíveis com as tarefas da ciência jurídica.

¹⁶⁸ Carlos Ari Sundfeld, *Direito administrativo para céticos...*, p. 179.

¹⁶⁹ Ver notas 21 e 22.

¹⁷⁰ Com Giovanni Tarello, adota-se “o uso o vocábulo ‘ideologia’ num sentido muito largo, para indicar filosofias, teorias, complexos doutrinários, considerados na sua função de instrumentos de políticas culturais de maneira geral e de políticas do direito especificamente.” (“Ideologias setecentistas da

Considerando este problema, previamente à exposição e análise da doutrina do controle da discricionariedade administrativa no Brasil, apresenta-se um esboço da relação de colonialidade estabelecida entre a teoria produzida no país com a doutrina europeia, com objetivo de tentar demonstrar a falta de objetividade científica e de reflexão ético-política contribuíram para a desconstrução do princípio da separação de poderes e para aprofundamento do processo de erosão do princípio da legalidade administrativa no país. Esta abordagem é realizada com base nos pressupostos metodológicos do realismo analítico que determinam a investigação do direito como fenômeno social e cultural, feito de comportamentos e construções intelectuais, de modo a descobrir, revelar e isolar as camadas ideopolíticas presentes no discurso jurídico para analisá-lo sob perfil semântico, lógico e pragmático.

Assim, verifica-se que as primeiras gerações de administrativistas conviveram com regimes políticos autocráticos e oligárquicos que constituem a maior parte da história republicana brasileira. É nítida na produção dogmática deste período a idealização dos conceitos e a mistificação da realidade. Discricionariedade administrativa e arbítriedade da Administração confundem-se no “Estado de polícia” (*Polizestaat*) em que a organização estatal “realiza intromissão opressiva na vida dos particulares”, realidade contraposta à submissão do poder estatal no Estado de Direito.¹⁷¹ Contudo, sob os este regimes a atividade discricionária do Poder Executivo brasileiro no comando da Administração Pública era considerada *soberana*, vale dizer, não sujeita a controles externos,¹⁷² pois a dogmática descreverá a discricionariedade administrativa como “ato político” e elaborará teses com base no direito administrativo francês sobre a insuscetibilidade de controle do *mérito administrativo* (conveniência e oportunidade) pelo Poder Judiciário com base na separação de poderes.

A fase do “Estado de polícia” na doutrina sobre o controle da discricionariedade administrativa só vai começar a ser superada a partir do início da década de 1940, quando elementos hauridos igualmente do direito administrativo francês permitirão uma tímida fundamentação da sindicabilidade do *mérito* do ato

codificação e estrutura dos códigos” (trad. do italiano *Cultura giuridica e politica del diritto*, Bologna: Il Mulino, 1988 por Ricardo Sontag), p. 8, in *Meritum*, Belo Horizonte, v. 3 – nº 2 – pp. 05-31 – jul./dez. 2008.

¹⁷¹ Odete Medauar, “Poder de Polícia”, p. 91, *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, nº 199, pp. 89-96, jan./mar. 1995.

¹⁷² A *suprema potestas* do direito romano, caracterizada pela supremacia do Estado nas ordens política e administrativa. Sobre as manifestações do tema da soberania do Estado, cf. Heraldo Garcia Vitta, *Soberania do Estado e Poder de Polícia*, São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 09.

administrativo nos casos de evidente abuso de poder ou desvio de finalidade, fundamentos que seriam incorporados pelo direito positivo uma década mais tarde, após o fim da ditadura do Estado Novo (1930-1945).¹⁷³ Este processo de “conversão democrática” da doutrina administrativista será interrompido pelo golpe militar de 1964, restringindo-se novamente, a partir dos governos militares, à admissão do controle jurisdicional do ato administrativo discricionário aos casos de comprovação de abuso de poder ou desvio de finalidade.

Em fins da década de 1970 começaria a projetar-se a quarta geração de administrativistas que teria o privilégio e o desafio de testemunhar, pela primeira vez, a efetiva democratização formal do Estado e da Administração Pública, bem como seus efeitos sobre o regime jurídico-administrativo. Dentre os nomes que se destacam na doutrina administrativista desse período estão Celso Antônio Bandeira de Mello, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Lúcia Valle Figueiredo, Almiro do Couto e Silva, Sérgio Ferraz, Adilson Abreu Dallari, Diógenes Gasparini, Odete Medauar, dentre outros ilustres juristas do direito administrativo brasileiro, muitos ainda em plena e profícua atividade. São os integrantes da geração denominada por Carlos Ari Sundfeld “publicistas da geração de 60”, de modo a identificar a década da formação acadêmica e profissional destes investigadores, professores e operadores do direito administrativo brasileiro. A geração de 1960 é aquela que “sofre o trauma do Golpe de 1964, convive duas décadas com o autoritarismo militar, já está madura quando da redemocratização e da Constituinte no final dos anos 80 e ainda testemunhará a ‘Reforma do Estado’ dos anos 90”,¹⁷⁴ e, acrescenta-se, será a responsável por elaborar uma doutrina da discricionariedade administrativa e de seu *controle amplo* de cariz manifestamente garantístico.

Por fim, após a promulgação da Constituição de 1988, chegamos àquela que podemos denominar com a quinta geração de administrativistas, composta por juristas que bacharelaram-se no Direito ou completaram sua formação acadêmica na

¹⁷³ As primeiras leis contemplando o desvio de poder ou de finalidade só surgiriam a partir dos anos 1950. O art. 3º da Lei nº 1.207, de 25/10/1950, regulou hipótese típica de desvio de poder, embora sem assim denominá-la, ao cominar nulidade da designação pela autoridade administrativa de local inadequado para realização de comício político que importasse em frustração do direito de reunião, admitindo a via judicial para indicação de lugar apropriado. O art. 28 da Lei nº 1.522, de 26/12/51 previu aplicação de sanção disciplinar para a prática de ato administrativo eivado de desvio de poder. O art. 2º da Lei nº 4.717, de 29/06/1965, contemplou o desvio de finalidade entre as causas de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público.

¹⁷⁴ Carlos Ari Sundfeld, “A Ordem dos Publicistas”, p. 46, in *Direito Público – Estudos em homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari*, Belo Horizonte, Editora Del Rey, pp. 33-66, 2004.

década de 1990 e que, sob influência das teses “neoconstitucionalistas” elaborarão a doutrina do *controle extremo*.

Identificadas as gerações de doutrinadores, identifica-se três fases da doutrina quanto ao tema do controle jurisdicional da discricionariedade administrativa, definidas pela amplitude e intensidade que reivindicam para este controle e às quais denominar-se-á fases do *controle restrito*, *controle amplo* e *controle extremo*, que correspondem ao processo de progressiva erosão do paradigma da legalidade, culminando no reconhecimento ao Poder Judiciário da prerrogativa de controle amplo e irrestrito da discricionariedade administrativa a partir da interpretação jurisdicional calcada exclusivamente na ponderação de princípios constitucionais expressos ou implícitos diante do caso concreto, tornando irrelevantes o princípio da separação de poderes e os enunciados normativos das leis aprovadas pelo Parlamento.

Assim, evidentemente sem pretender criar uma classificação temporal estanque, uma vez que coexistem simultaneamente aspectos de uma fase no interior de outras, a doutrina administrativista brasileira sobre o controle jurisdicional da discricionariedade pode ser compreendida nas seguintes fases:

(1) *controle restrito*: a doutrina sobre a discricionariedade administrativa que até então “harmonizava” o instituto com a atividade do “Estado de polícia” e, portanto, não aprofundava teses sobre seu controle, a partir de 1941, ainda que a doutrina majoritária mantenha o instituto no “terreno da gestão política” (Seabra Fagundes), passa-se a admitir, sob influência da doutrina francesa, o controle jurisdicional de legalidade e legitimidade do ato discricionário praticado com abuso de poder ou desvio de finalidade (*détournement de pouvoir*);

(2) *controle amplo*: a doutrina promove um deslocamento metodológico da discricionariedade administrativa, afastando-a do “terreno político” para juridicizá-la integralmente; este movimento inicia a secundarização dos princípios da separação de poderes e da reserva de administração para o controle da discricionariedade administrativa, agora definido como “tarefa interpretativa” do Poder Judiciário (Celso Antônio Bandeira de Mello), necessária para determinação de sentidos dos enunciados normativos que conferem discricionariedade à Administração, reconhecendo-se à

jurisdição o papel de “encontrar barreiras que delimitam mais acertadamente a zona de liberdade de avaliação administrativa”;¹⁷⁵

(3) *controle extremo*: com a promulgação da Constituição de 1988, intensifica-se ao extremo o controle da discricionariedade administrativa, afastando-se a doutrina majoritária de uma vez por todas do princípio da separação de poderes e da legalidade em sua versão tradicional de vinculação à lei em favor do controle jurisdicional com base na vinculação da atividade discricionária da Administração diretamente aos princípios constitucionais positivados (princípios *expressos*)¹⁷⁶ ou formulados pela doutrina (princípios *não expressos* ou *implícitos*).¹⁷⁷

d) A deferência da doutrina do *controle restrito*

Previsto expressamente na Constituição de 1988, o princípio da separação de poderes é descrito com o seguinte enunciado: “*São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário*” (Art. 2º). O texto reproduz de maneira bastante fiel o enunciado normativo adotado na primeira Constituição da República, de 1891: “*São órgãos da soberania nacional o Poder Legislativo, o Executivo e o Judiciário, harmônicos e independentes entre si*” (Art. 15).¹⁷⁸ De saída, é preciso notar que a tradicional adjetivação dos “órgãos de soberania” ou

¹⁷⁵ Celso Antônio Bandeira de Mello, *Elementos de Direito Administrativo*, 1ª ed., 6ª tiragem, São Paulo: Malheiros Editores, 1987, p. 249.

¹⁷⁶ Constituição da República: “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998, que incluiu o “princípio da eficiência” no rol originário)”

¹⁷⁷ Riccardo Guastini representa simbolicamente a possibilidade de norma sem disposição como: ? \Rightarrow N. Para o autor, “a locução ‘norma não expressa’ será uma espécie de oximoro. A rigor, não existem coisas como normas não expressas, já que uma norma ou é expressa por uma disposição, ou não é. (...) Eis porque a distinção entre disposição e norma presta-se também a este uso: traçar uma linha de demarcação entre interpretação de documentos normativos e integração do direito.” (*Das fontes às normas...*, pp. 42-43). Humberto Ávila afirma que “em alguns casos há norma mas não dispositivo. (...) Por conseguinte, pode-se afirmar que o intérprete não só constrói mas *reconstrói* sentido, tendo em vista a existência de significados incorporados ao uso linguístico e construídos na comunidade do discurso.” (*Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 11ª ed. rev., São Paulo: Malheiros Editores, 2010, pp. 30 e 33).

¹⁷⁸ A Constituição outorgada por D. Pedro I, em 1824, estabelecia que “os Poderes Politicos reconhecidos pela Constituição do Imperio do Brazil são quatro: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo, e o Poder Judicial” (Art. 10).

“poderes” do Estado enquanto “*independentes e harmônicos entre si*”,¹⁷⁹ aparentemente exprime uma contradição semântica. Isso porque apesar da ideia contida na palavra “*independentes*” não ser o antônimo de “*harmônicos*”, enquanto a primeira é um parecido de família do conceito de “*soberano*”, denotando uma liberdade assimétrica que não deve obediência ou sujeição de qualquer tipo a ninguém,¹⁸⁰ o conceito de “*harmonia*” remete às ideias de equilíbrio de forças, elementos, interesses ou partes de determinado conjunto e, ainda, à concórdia, acordo entre partes simétricas ou ausência de conflitos.

Ao intentar descrever o conteúdo jurídico-político desta brasileiríssima formulação constitucional,¹⁸¹ José Afonso da Silva afirma que “a *harmonia entre os poderes* verifica-se primeiramente pelas normas de cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos têm direito.”¹⁸² O apelo de Silva à “cortesia” (sinônimo de “gentileza”, “acatamento”, “deferência” etc.) e ao “respeito” não resiste ao teste de realidade imposto pela dinâmica político-institucional,¹⁸³ a revelar que “o sistema de freios e contrapesos determinou, afinal, não um equilíbrio permanente entre os ‘poderes separados’, mas sim a predominância cíclica de cada um deles.”¹⁸⁴

Durante os 128 anos de constituições republicanas, desde as cartas outorgadas nos períodos autoritários — que representam mais de 60% da história da

¹⁷⁹ Das sete constituições que o país já teve, apenas de 1937 (“Estado Novo”), não previu expressamente o princípio da separação de poderes para atribuir ao Presidente da República o *status* de “autoridade suprema do Estado” (Art. 73).

¹⁸⁰ Raphael Bluteau (*Vocabulário portuguez e latino*, Lisboa, 1718, v. I, p. 49, v. IV, p. 10, v. VI, p. 312, e v. VII, p. 670) correlaciona as expressões soberano (“Independente. Príncipe soberano. O que não depende de outra potência humana. *Summa potestas*”), independente (“Não sujeito a pessoa nem a coisa alguma. Sem dependência. Sem sujeição”) e absoluto (“Independente. Soberano. Príncipe absoluto. *Cum summo Imperio* ou com *summa potestatis princeps*”). Do mesmo modo, Antonio de Moraes e Silva (*Diccionario da língua portugueza*, Rio de Janeiro, Empresa Literária Fluminense, 1889, v. II, p. 816 e 174), identifica soberano (“Que tem os caracteres da soberania; que é independente de outro poder; que tem a suprema autoridade”) e independência (“Estado de uma nação independente, autônoma e soberana”). Apud Arno Wehling e Maria José Wehling, “Soberania sem Independência: Aspectos do discurso político e jurídico na proclamação do Reino Unido”, p. 90, in *Tempo*, V. 16, n. 31, p. 89-116, jul./dez. 2011.

¹⁸¹ A Constituição da República Portuguesa de 1976 adota enunciado normativo para o princípio mais consentâneo à sua forma de governo “semipresidencialista” ou de “base parlamentar” ao prever a “separação e interdependência de poderes” (“Art., 2º.).

¹⁸² *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 35ª ed. revista e atualizada, São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 110 (itálicos no original).

¹⁸³ Além de processos de *impeachment* que resultaram na interrupção de mandato de dois presidentes (1992 e 2015), houve subversão da ordem institucional em 6 eventos da história republicana: Proclamação da República (1889); 1ª Revolta Armada (1891); Revolução de 1930; Estado Novo (1937); Deposição de Getúlio Vargas (1945) e o Golpe Militar de 1964.

¹⁸⁴ Nuno Piçarra, *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*, Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 184.

República —,¹⁸⁵ até a Constituição de 1988, verifica-se uma contradição genética que vai impactar a doutrina sobre o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa: por um lado, os textos constitucionais sempre enunciaram expressamente o princípio da separação de poderes em sua versão rígida, conformador de um sistema de administração pública executiva centralizada no Chefe do Poder Executivo ao qual são conferidos o comando dos “poderes-deveres” da Administração Pública (“poder regulamentar”, “poder normativo”, “poder discricionário”, “poder de polícia”, “poder hierárquico” etc.),¹⁸⁶ exercidos sob um regime jurídico-administrativo em quase tudo baseado nos institutos elaborados nos duzentos anos de jurisprudência do *Conseil d'Etat* francês.

Por outro lado, desde a primeira Constituição da República foi introduzida a forma de controle jurisdicional da atividade administrativa pela jurisdição comum, extinguindo-se o *Conselho de Estado* do Império¹⁸⁷ e transplando-se ao país modelo estadunidense da *judicial review*,¹⁸⁸ modelo este que além de não compatibilizar-se com o sistema de separação rígida de poderes “à francesa” adotado pela Constituição da República, sequer expressava a vontade dos *Framers*, uma vez que não há na Constituição dos EUA previsão expressa da *judicial review*, tratando-se de um modelo de controle jurisdicional que teve suas características particulares definidas de maneira concreta e pragmática após a Guerra da Secessão como resultado do enfrentamento pela Suprema Corte de “questões contextuais políticas e institucionais, as quais tendem a mostrar que o *judicial review* configura mais propriamente uma estrutura institucional contingente, ainda que de longa duração.”¹⁸⁹

¹⁸⁵ A primeira Constituição da República foi promulgada em 1891 sob tutela do poder militar que derrubara a Monarquia Constitucional, em 1889. Vigeu até o fim da chamada “República Velha” e sucumbiu em 1930, com o advento do “Estado Novo”, ditadura que durou até 1945, ano em que foi promulgada a primeira Constituição democrática do país que vigeu até o golpe militar de 1964, cujo produto seria a ditadura que teria fim com a “Nova República”, instituída pela Constituição de 1988.

¹⁸⁶ Sobre a distinção do que vem a ser *poder* ou *dever* da Administração Pública, cf. Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, 28ª ed., São Paulo: Malheiros Editores: 2011, pp. 71-72; Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, 24ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1999, p. 89; Eros Roberto Grau, “Poder Discricionário”, *Revista de Direito Público*, nº 93, p. 41-46, jan-mar/1990.

¹⁸⁷ Sobre o “segundo conselho de Estado (1841-1889)”, cf. Christian Edward Cyril Lynch, “A idéia de um Conselho de Estado brasileiro: Uma abordagem histórico-constitucional Conselho de Estado”, in *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Ano 42, nº 168, out./dez. 2005, pp. 45-64.

¹⁸⁸ Sobre a influência determinante do modelo estadunidense de controle judicial na Constituição de 1891, cf. Almiro do Couto e Silva, “Poder Discricionário no Direito Administrativo Brasileiro”, p. 64, *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, nº 179, pp. 51-67, jan./jun. 1990; Cândido Motta Filho, “Rui Barbosa e o Poder Judiciário”, *Revista da Faculdade de Direito - Universidade de São Paulo*, v. 62 nº 1, pp. 185-206, 1967.

¹⁸⁹ Marcelo Casseb Continentino, “História do *judicial review*: o mito de Marbury”, p. 129, *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 53, nº 209, jan./mar. 2016 p. 115-132. Com apoio em J. R. Saylor

Esta configuração jurídico-constitucional e político-institucional híbrida, nas palavras de Lafayette Pondé, “soa como um paradoxo termos uma Constituição rígida, avessa ao regime de ‘common law’, excluirmos a possibilidade de uma ‘justiça administrativa’ e admitirmos a jurisprudência como fonte formal do nosso direito positivo.”¹⁹⁰ O paradoxo, no entanto, pouco repercutiu na doutrina administrativista nos albos da República, que admitia apenas o controle jurisdicional restrito da discricionariedade administrativa com base no princípio da separação de poderes. Durante os períodos de autoritarismo da República Velha (1889-1930)¹⁹¹ e Estado Novo (1930-1945), a doutrina administrativista, de modo geral, apropriou-se do princípio da separação de poderes para salvaguardar o poder discricionário da Administração da sindicabilidade pelo controle jurisdicional, uma vez que o princípio da legalidade estava comprometido com os regimes de arbítrio que relegavam os Poderes Legislativo e Judiciário ao papel de coadjuvantes legitimadores da atividade administrativa sob as ordens do Poder Executivo.

Assim, a doutrina administrativista contribuiu com elementos para imunização da Administração ao controle das decisões administrativas discricionárias atribuindo-lhes a natureza “política” que afastava o controle do Poder Judiciário com fundamento no princípio constitucional da separação de poderes, diante de uma Administração sob o comando de um Poder Executivo hipertrófico, cujo chefe acumula as chefias de Estado, Governo e Administração,¹⁹² a doutrina consolidou a teoria da insuscetibilidade do *mérito* administrativo, ora identificado com o *motivo*, ora com a *finalidade* do ato, à *judicial review*. O *mérito* seria o elemento do ato administrativo revestido, por excelência, do poder discricionário do Executivo, vedado seu controle pelo Poder Judiciário uma vez que “se o fizesse, exorbitaria, ultrapassando o campo da apreciação jurídica (legalidade ou legitimidade), que lhe é reservado como órgão específico de

(“Judicial review prior to Marbury v. Madison”, *Southwestern Law Journal*, v. 7, p. 88-96, 1953), o autor ressalta que “essa premissa, isto é, a não previsão expressa do *judicial review* no texto da Constituição americana significa que os *Fathers* a rejeitaram, é questionável. A propósito, ver opinião de Saylor, para quem sua não instituição no texto constitucional decorreu da desnecessidade de sua elaboração normativa, em face de constituir uma prática já integrada à prática judicial.” (p. 117).

¹⁹⁰ Lafayette de Azevedo Pondé, “A doutrina e a jurisprudência na elaboração do direito administrativo”, p. 87, in *Revista de Direito Administrativo*...

¹⁹¹ O período de 41 anos (1889-1930) constitui a chamada “República Velha” e é marcado por governos das oligarquias. O direito de voto era exclusivo dos homens letrados, excluídas todas as mulheres, escravos, religiosos e trabalhadores pobres, em sua maioria não alfabetizados. O sufrágio não era secreto, caracterizando o chamado “voto de cabresto” pelo qual os patrões obrigavam os empregados a escolher seus representantes.

¹⁹² Cf. José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*..., p. 542.

preservação da ordem legal para incursionar no terreno da gestão política (discricionariedade, próprio dos órgãos executivos).”¹⁹³

Contudo, ainda sob o Estado Novo, a doutrina vai começar a oferecer subsídios teóricos para que o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa comece a realizado em bases puramente “garantísticas” para a verificação de eventual abuso de poder ou desvio de finalidade. Nesta primeira fase de controle restrito da discricionariedade administrativa a doutrina nacional buscará os fundamentos para a ultrapassagem da separação de poderes no controle jurisdicional da legalidade e legitimidade do ato administrativo na teoria elaborada a partir do precedente de anulação pelo *Conseil d’Etat* do ato administrativo discricionário praticado com *détournement de pouvoir* (desvio de poder), no *arrêt Lesbats* (julgado em 25 de fevereiro de 1864 e confirmado em 7 de junho de 1865), quando o tribunal administrativo decidiu pela anulação de ato do Prefeito de Fontainebleau que no uso do poder de polícia administrativa negara autorização ao ingresso de viaturas no pátio da estação de estrada de ferro para servir os passageiros que desembarcavam. O Conselho de Estado decidiu que o objetivo do ato administrativo que denegou o ingresso das viaturas não visara atender, como deveria, à finalidade da competência discricionária deferida para garantir o atendimento satisfatório dos usuários, mas na verdade, o ato administrativo buscara garantir ao transportador já autorizado o monopólio do serviço.¹⁹⁴ A partir deste precedente formular-se-ia, segundo Henri Ebren, “uma teoria engenhosa que alcança no ato administrativo o vício mais oculto e imperceptível, e talvez o mais perigoso, abuso de poder.”¹⁹⁵

O precursor doutrinário da abertura do mérito administrativo ao controle jurisdicional no Brasil, ainda que se tratasse de um controle restrito à verificação de abuso de poder ou desvio de finalidade, foi Miguel Seabra Fagundes. Sua obra *O Contrôle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, publicada originalmente em 1941 (durante a ditadura do Estado Novo e reeditada em 1950, 1957, 1968, 1979 e 1984), tornou-se referência obrigatória em virtude do trabalho de sistematização

¹⁹³ Miguel Seabra Fagundes, *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, 3ª ed. atual., Rio de Janeiro, 1957, p. 170.

¹⁹⁴ Cf. Caio Tácito, “Teoria e prática do desvio de poder”, p. 5, *Revista de Direito Administrativo*, nº 117, pp. 1-18, jul./set. 1974.

¹⁹⁵ No texto original: “Une théorie aussi ingénieuse permet d’atteindre dans l’acte administratif le vice le plus caché et le plus imperceptible, et peut-être le plus dangereux, le détournement de pouvoir” (Henri Ebren, *Théorie du détournement de pouvoir*, 1901, p. 28, apud Caio Tácito, “Teoria e prática do desvio de poder”, p. 3, *Revista de Direito Administrativo*...

inédito e pelo fôlego e profundidade das reflexões sobre o controle jurisdicional da discricionariedade, até então inéditas na doutrina nacional e consideradas, até hoje, uma reviravolta no estudo do tema. Uma década após a publicação da obra, em artigo que também tornar-se-ia referência, Seabra Fagundes discorreria, uma vez mais, sobre a alocação do mérito, enquanto produto da discricionariedade administrativa, no “terreno da gestão política” e sobre os limites de seu controle jurisdicional:

“Considera-se que o mérito do ato administrativo constitui um aspecto do procedimento da Administração, de tal modo relacionado com circunstâncias e apreciações só perceptíveis ao administrador, dados os processos de indagação de que dispõe e a índole da função por êle exercida, que ao juiz é vedado penetrar no seu conhecimento. Se o fizesse exorbitaria, ultrapassando o campo da apreciação jurídica (legalidade ou legitimidade), que lhe é reservado como órgão específico de preservação da ordem legal, para incursionar no terreno da gestão política (discricionariedade), próprio dos órgãos executivos. Substituir-se-ia ao administrador, quando o seu papel não é tomar-lhe a posição no mecanismo jurídico-constitucional do regime, senão apenas contê-los nos estritos limites da ordem jurídica (contrôle preventivo) ou compeli-lo a que os retome, se acaso transpostos (contrôle *a posteriori*).”¹⁹⁶

A escolha de M. Seabra Fagundes para ilustrar o reposicionamento da doutrina brasileiro pré-1988 sobre os limites do controle jurisdicional da discricionariedade administrativa não é de modo algum um gratuita. Agraciado com o título de *Doutor honoris causa* pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo por sua produção no campo do direito administrativo,¹⁹⁷ Seabra Fagundes também foi Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, função na qual foi responsável pela relatoria do acórdão do julgamento da *Apelação Cível nº 1.422*, em 1948, considerado durante décadas, mesmo após a promulgação da Constituição de 1988, o *leading case* do controle jurisdicional do ato administrativo discricionário, “não obstante originário do exercício de competência livre”, por desvio de poder.¹⁹⁸

A função nomogética da doutrina é bastante explicitada na decisão de Seabra Fagundes. A inédita admissão do controle jurisdicional do ato discricionário de autoridade administrativa por abuso de poder vai socorrer-se da própria doutrina do desembargador, consubstanciada n’*O Contrôle dos Atos Administrativos pelo Poder*

¹⁹⁶ “Conceito de mérito no Direito Administrativo”, pp. 1-2, in *Revista de Direito Administrativo*, v. 23, 1951, pp. 1-16.

¹⁹⁷ Sobre a relevância da doutrina e jurisprudência produzida por Seabra Fagundes, Cf. Ataliba Nogueira, “Seabra Fagundes, doutor honoris causa”, *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, vol. 66, pp. 51-75, 1971.

¹⁹⁸ Sobre a importância do acórdão relatado por Seabra Fagundes, cf. Celso Antonio Bandeira de Mello, *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*, 2ª ed., 4ª tiragem, São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 57.

Judiciário, citada no relatório do acórdão, e também à uma plêiade de administrativistas, dentre os quais, apenas exemplificativamente, destacam-se, Léon Duguit (*Traité de Droit Constitutionnel*); Roger Bonnard (*Droit Administratif*); H. Berthélemy (*Droit Adiministratif*); Oreste Ranelletti (*Le garantigie della giustizia nella pubblica amministrazione*); Guido Zanobini (*Dalle comune libertà*); Afonso Rodrigues Queiró (*A Teoria do desvio de poder em Direito Administrativo*); Vitor Nunes Leal (*O exame pelo judiciário da "legalidade" dos atos administrativos*); José Gascón y Marin (*Tratado de Derecho Administrativo*); Arthur W. Bromage (*State Government and Administration in the United States*).¹⁹⁹

A ementa do acórdão do “doutrinador-desembargador”, prolatado durante o intervalo democrático entre o fim do Estado Novo (1945) e a Ditadura Militar (1964), foi lavrada nos seguintes termos:

Poder discricionario da administração - abuso de poder - mandado de segurança - direito liquido e certo. - No que concerne à competência, à finalidade e à forma, o ato discricionário está tão sujeito aos textos legais como qualquer outro. - O ato que, encobrendo fins de interesse público, deixe à mostra finalidades pessoais, poderá cair na apreciação do Poder Judiciário, não obstante originário do exercício de competência livre. - O “fim legal” dos atos da Administração pode vir expresso ou apenas subentendido na lei. - O direito que resulta, não da letra da lei, mas do seu espírito, exurgindo implicitamente do texto, também pode apresentar a liquidez e certeza que se exigem para concessão do mandado de segurança. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte.

Diante do ineditismo da decisão, o jurista Victor Nunes Leal, citado no acórdão e então catedrático de Ciência Política na Universidade do Brasil, em comentário publicado logo após decisão, elogia a maestria de Seabra Fagundes ao mover-se em “terreno melindroso, onde a doutrina tem de utilizar instrumentos de precisão para não vestir um santo com a roupa do outro, substituindo o arbítrio administrativo pelo arbítrio judiciário”.²⁰⁰ Contudo, para Leal, o apelo à doutrina francesa mereceu a seguinte observação:

Também Bonnard — citado pelo Desembargador Seabra Fagundes, em seu erudito voto — se exprime em termos quase idênticos: “Em matéria de fins, não existe jamais para a Administração um poder discricionário.” Tais consequências, evidentemente não são integralmente admissíveis no direito brasileiro, onde o princípio constitucional da separação dos poderes, com

¹⁹⁹ Cf. “Poder discricionário e ação arbitrária da administração - comentário de Victor Nunes Leal”, pp. 53, 73 e 74, in *Revista de Direito Administrativo*, v. 14, 1948.

²⁰⁰ “Poder discricionário e ação arbitrária da administração - comentário de Victor Nunes Leal”, pp. 53, 73 e 74, in *Revista de Direito Administrativo*, v. 14, 1948, p. 52.

outorga de toda a jurisdição formal ao Poder Judiciário, exige que se reserve à Administração uma zona própria, imune à intromissão dos juizes. Esta é, aliás, uma noção tradicional em nosso ordenamento.²⁰¹

Tanto no elogio quanto na ressalva, Vitor Nunes Leal (que viria a ser Ministro do Supremo Tribunal Federal entre 1960-1969)²⁰² evidencia a preocupação de que a decisão viesse a “vestir um santo com a roupa do outro”, ou seja, ao assegurar ao controle jurisdicional a prerrogativa de contenção do abuso da Administração, também criasse condições para que o controle ameaçasse o princípio da separação de poderes e a reserva administrativa, o que evitar-se-ia, segundo Nunes Leal, se o controle da discricionariedade administrativa no Brasil ficasse restrito aos casos comprovados de abuso de poder e mantivesse a deferência ao princípio da separação de poderes.

Já em fins dos anos 1960, a doutrina sobre o controle da discricionariedade da Administração Pública vai seguindo a trilha aberta por Seabra Fagundes. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, professor titular de direito administrativo da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC e também desembargador do Tribunal de Justiça do Estado, admitia que atos discricionários “sujeitam-se à apreciação do Judiciário, como já observado, para verificar se existiu, na sua prática, abuso de direito”, uma vez que para ele o ato discricionário era equivalente ao ato político:

O Estado, ou quem faça as suas vezes, na prática de atos administrativos, pode se encontrar em duas posições antagônicas: ora deve se cingir a estritas determinações legais (...); ora pode apreciar a conveniência ou oportunidade dentro das soluções legais admitidas de forma indeterminada, de modo a proceder desta ou daquela forma. (...) No segundo caso diz-se que a Administração Pública, a respeito da prerrogativa de manar o ato, ou seu conteúdo, tem poderes discricionários ou políticos, e, assim, o ato administrativo é de caráter discricionário ou político.²⁰³

Coerentemente com a premissa que adota de igualar a discricionariedade ao juízo político, O. A. Bandeira de Mello vai afirmar a inadmissibilidade de “em princípio, por ilações — do exame em conjunto dos textos, mediante interpretação extensiva ou analógica — estar a Administração presa a poderes vinculantes de ação.”²⁰⁴

²⁰¹ Ibidem, p. 83.

²⁰² Leal foi afastado de suas funções juntamente com os Ministros Hermes Lima e Evandro Lins e Silva pelo governo militar com base no Ato Institucional nº 5 (AI-5), de 13 de dezembro de 1968.

²⁰³ Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, *Princípios de Direito Administrativo*, 3ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 484-485 (primeira edição, originalmente em dois volumes, vol. I em 1969 e vol. II em 1974).

²⁰⁴ Op. cit. p. 487.

Outra não é oposição de Hely Lopes Meirelles, para quem, em 1973, “o Poder judiciário visa à defesa dos administrados e à manutenção da Administração dentro das normas legais, pelo que é apenas um *controle de legalidade*.” Meirelles admite o controle jurisdicional para verificar a “conformidade com o Direito (princípio da legalidade), com a moral da instituição (princípio da moralidade) e com o interesse público (princípio da finalidade)”, todavia, ressalva peremptoriamente o *mérito* do ato administrativo do controle:

O que não se permite ao judiciário é pronunciar-se sobre o mérito administrativo, ou seja, sobre a conveniência, oportunidade e justiça do ato, porque, se assim agisse, estaria emitindo pronunciamento de administração e não de jurisdição. O mérito administrativo, relacionando-se com questões políticas e elementos técnicos, refoge do âmbito do Poder judiciário, cuja missão é a de aferir a conformação do ato com a lei escrita, ou, na sua falta, com os princípios gerais do Direito.²⁰⁵

Em 1975, José Cretella Júnior, professor titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP, em seu *Manual de Direito Administrativo*, prelecionava:

O *poder discricionário* da Administração Pública é uma ‘facultas’ ou ‘potestas’. É uma possibilidade. É aquilo que Aristóteles denomina ‘em potência’, É uma potencialidade. O *ato discricionário*, ao contrário é algo ‘em ato’. *Ato discricionário* é a cristalização, num caso concreto, da possibilidade ou faculdade fornecida pela discricionariedade ou poder discricionário da Administração Pública. O *ato discricionário* é insuscetível de apreciação por outro Poder que não aquele que o editou. Assim, nem o Judiciário, nem o Legislativo podem revogar atos do Executivo.²⁰⁶ (itálicos no original)

A posição declinada no *Manual* seria ratificada por Cretella no mesmo ano do lançamento da obra em artigo publicado na *Revista de Direito Administrativo*:

“Assegurando ao agente possibilidades de agir dentro de esfera balizada pela lei, a Administração prepara, com a discricionariedade confiada ao funcionário, o terreno propício que justifique o pronunciamento exigido. Orientando-se de maneira livre no que diz respeito ao binômio *oportunidade-conveniência*, percorrendo também livremente todo o terreno demarcado pela *legalidade*, atendendo apenas ao elemento *fim*, o agente seleciona, para agir, o modo mais adequado, mais razoável, mais justo, mais oportuno, mais conveniente, autodetermina-se, volta os olhos sobre si mesmo, inspeciona o caminho percorrido e os efeitos produzidos ou a se produzirem, retrata-se se for o caso, desfaz ou corrige o ato, reexaminando as atitudes assumidas. Está em seu

²⁰⁵ Hely Lopes Meirelles, “A Administração Pública e seus controles”, pp. 23 e 24, *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, vol. 114, pp. 23-33, out./dez. 1973.

²⁰⁶ José Cretella Júnior, *Manual de Direito Administrativo*, 4ª ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 1989, p. 150 (primeira edição em 1975)

próprio campo. Seguiu o trâmite assinalado pela norma, não se afastou do *fin* colimado. É juiz do ato editado. Tomou medida insuscetível de revisão por outro poder, no que tange à *oportunidade* ou à *conveniência*. A mais completa intangibilidade revisionista o protege.” (itálicos no original)²⁰⁷

Na 4ª edição do seu *Manual*, publicada em 1989 e atualizada em outubro de 1988, segundo o próprio autor, “em grande parte, adaptando-o aos parâmetros da nova Carta Constitucional”, Cretella não apresenta mudança de entendimento, restringindo o tema do controle jurisdicional da Administração Pública ao último capítulo da obra destinado ao resumo histórico do contencioso administrativo no Brasil.²⁰⁸

Dos excertos das obras dos juristas citados colhe-se que a doutrina administrativa brasileira de referência no período compreendido entre a década de 1940 e 1980, reconhecia o fundamento jurídico-constitucional da discricionariedade administrativa na separação de poder, evidenciado pela admissão da discricionariedade no “terreno da gestão política” (Seabra Fagundes) e pelo reconhecimento do “caráter político” do ato administrativo discricionário (Oswaldo Aranha Bandeira de Mello), fundamentos que o tornaria “insuscetível de revisão por outro poder no que tange à *oportunidade* ou à *conveniência*” (José Cretella Júnior).

e) A doutrina garantística do *controle amplo*

A reação à identificação doutrinária da discricionariedade administrativa com a atuação política do Governo ao longo dos períodos de autoritarismo consistirá na elaboração de uma doutrina garantística que começará a ser produzida a partir do momento em que os governos militares entram em declínio, no início dos anos 1980. Fruto do labor teórico de juristas que conviveram e sobreviveram aos abusos do Estado a serviço dos regimes de força, esta doutrina do *controle amplo* surge num momento em que inicia-se a distensão do regime militar instaurado em 1964 e vai fundar suas teses sobre o controle do *mérito* do ato administrativo discricionário em bases garantísticas derivadas da narrativa ético-política liberal do direito administrativo como “*um filho legítimo do Estado de Direito, um Direito só concebível a partir do Estado de Direito: o Direito que instrumenta, que arma o*

²⁰⁷ “Ato Administrativo - A tridimensão da discricionariedade”, p. 36, in *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, nº 119, pp. 33-39, jan./mar. 1975

²⁰⁸ *Manual de Direito Administrativo...*, Capítulo XVII, pp. 401-407.

administrado, para defender-se contra os perigos do uso desatado do Poder."²⁰⁹ (itálicos no original)

Nesta fase de transição para a democracia, a doutrina administrativista inicia um processo de despolitização da atividade discricionária da Administração Pública,²¹⁰ suprimindo dos manuais e monografias de referência sobre o controle jurisdicional o princípio da separação de poderes e as barreiras que dele necessariamente decorrem sobre o controle dos atos discricionários. Esta pauta vai ser relegada às investigações teóricas do direito constitucional e da teoria geral do Estado (ou ciência política), circunstância que cobrará um preço alto ao direito.

A desimportância da separação de poderes e, logo, de seus consectários lógicos e políticos, como a autocontenção e a deferência judiciais diante da atuação discricionária da Administração Pública, corresponde ao deslocamento epistêmico e metodológico que a doutrina efetuou ao remeter o tema do controle da discricionariedade administrativa ao campo da teoria geral do direito e da hermenêutica jurídica, de maneira a circunscrever os debates teóricos sobre seu controle aos problemas de interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados e à aferição da proporcionalidade e razoabilidade *in concreto*.

Como resposta ao autoritarismo precedente encabeçado pelo Poder Executivo, a fase do *controle amplo* da discricionariedade administrativa adota uma linha teórica que Carlos Ari Sundfeld chama de "*postura de combate*" contra as competências do Chefe do Poder Executivo e da Administração Pública, postulando a "defesa de que as leis sejam maximalistas, não podendo deixar espaço para deliberações próprias da administração" e a "crítica e denúncia de inconstitucionalidade contra leis que atribuam à Administração competências amplas (...)." ²¹¹ Para Sundfeld, o grande responsável por esta postura de combate é Celso Antônio Bandeira de Mello, o "manualista intelectualmente mais influente das últimas décadas no direito administrativo brasileiro, que se mantém fiel à clássica formulação de Carré de Malberg (v. *La loi, Expression de la Volonté Générale*, Paris, Economica 1984)." ²¹²

²⁰⁹ Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, 28ª ed., São Paulo: Malheiros Editores: 2011, p. 48.

²¹⁰ Sobre "politicidade da Administração Pública", cf. Paulo Otero, *Manual de Direito Administrativo – vol. I*, Coimbra: Edições Almedina, 2014, pp. 296-309.

²¹¹ Cf. Carlos Ari Sundfeld, *Direito administrativo para céticos*, São Paulo: Malheiros, 2012, p. 133.

²¹² Op. cit., loc. cit.

Embora desde a 1ª edição de seu *Elementos de Direito Administrativo*, em 1980, Celso Antônio, então professor titular de direito administrativo da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC, reconhecesse *en passant* e apenas nas últimas linhas do *Capítulo VIII*, dedicado à “Discrecionalidade Administrativa e Controle Judicial”, que o controle jurisdicional não poderia invadir o “campo de apreciação meramente subjetiva (...) exclusivo do administrador e indevassável ao juiz, sem o que haveria substituição de um pelo outro” e “se poria às textilhas com o próprio princípio da separação de poderes”, já ali também afirmava que “é precisamente em casos que comportam discricção administrativa, que o socorro do Judiciário ganha foros de remédio mais valioso, mais ambicionado (...) já que a pronúncia representa a garantia última de contenção do administrador.”²¹³

Em 1992, Celso Antônio publica estudo monográfico intitulado *Discrecionalidade Administrativa e Controle Jurisdicional*, no qual propõe identificar as causas da discrecionalidade administrativa, que para ele decorreria exclusivamente três fatores: 1) da *hipótese da norma* (quando a lei descreve de modo impreciso a situação fática que deflagra o comando legal); 2) do *comando da norma* (quando a lei prevê alternativas ao agente quanto à possibilidade de praticar ou não o ato, definir o tipo de medida ser adotada, o melhor momento para sua adoção ou a forma mais adequada para fazê-lo); 3) da *finalidade da norma* (que aponta valores perseguidos pelo legislador cujos conceitos são plurissignificativos, a exemplo da própria expressão “interesse público”).²¹⁴ Após esta identificação das causas da discrecionalidade administrativa, o autor conclui que qualquer que seja ela, “o controlador da legitimidade do ato (muitas vezes o Poder Judiciário)” será o responsável por “um exame de pura legitimidade e que impõe a fulminação dos atos — praticados embora *sub color* de (pretenso) exercício de discrecionalidade — sempre que seja objetivamente demonstrável que a conduta adotada não foi a **providência ótima** almejada pela lei (...).”²¹⁵ (negrito nosso)

Esta é a posição que o autor vai adotar ao longo das sucessivas reedições de *Elementos*, que a partir da 4ª edição (1993) passará a ser denominado *Curso de Direito Administrativo*: “já se tem reiteradamente observado, com inteira procedência, que não há *ato propriamente discricionário*, mas apenas discrecionalidade por ocasião da prática

²¹³ *Elementos de Direito Administrativo*, 1ª ed., 6ª tir., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1987, p. 251. A partir de 1993, a obra passou a ser publicada sob o título *Curso de Direito Administrativo*, mantida a posição e redação originais (cf. *Curso de Direito Administrativo...*, p. 1000).

²¹⁴ *Discrecionalidade e Controle Jurisdicional*, 2ª ed., 4ª tir., São Paulo: Malheiro Editores, pp. 18-31.

²¹⁵ *Ibidem*, p. 48.

de certos atos”, afirmando explicitamente a posição garantística de que “não há como conceber nem como apreender racionalmente a noção de discricionariedade sem remissão lógica à existência de limites a ela (...)”, limites estes cuja fixação estaria compreendida na “tarefa interpretativa” do Poder Judiciário.²¹⁶

Pouco mais jovem que Celso Antônio, a professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro (sucessora de José Cretella Jr. na titularidade da cadeira de direito administrativo da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP) vai reforçar as teses do *controle amplo* com sua pioneira na análise dos efeitos da Constituição de 1988 sobre o controle da discricionariedade administrativa, tema objeto de sua tese *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*, com a qual obteve, em 1991, o título de Professora Titular. Para a autora, os “princípios e valores” previstos implícita ou explicitamente na novel Constituição, tais como “razoabilidade, moralidade, motivação e interesse público”, ampliaram sobremaneira a própria legalidade administrativa e, conseqüentemente, restringiram a discricionariedade. A introdução de “considerações axiológicas” no ordenamento abriria aos juízes e tribunais a possibilidade de contrastar “atos administrativos praticados com inobservância de certos valores” que ampliavam o controle jurisdicional ao mesmo tempo que o tornava “mais difícil” porque aos juízes e tribunais atribuía-se a prerrogativa de “perquirir zonas de maior incerteza.”²¹⁷

Após duas décadas da publicação de sua tese, Di Pietro retornou ao tema para responder críticas à carência de parâmetros jurídicos uniformes e objetivos no controle jurisdicional da discricionariedade administrativa pós-1988. No artigo “Da constitucionalização do direito administrativo – Reflexos sobre o princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa”, publicado em 2012, a autora vai admitir que o processo de constitucionalização “produziu nova forma de interpretação judicial que pode gerar maior insegurança jurídica, em decorrência da própria imprecisão dos dispositivos constitucionais consagradores de princípios e valores”. Esta constatação, segundo Di Pietro, constituiria “um paradoxo no momento em que o princípio da segurança jurídica se fortalece no direito público brasileiro,” concluindo seu raciocínio com a esperança de que o risco causado pela “imprecisão” dos princípios constitucionais na aplicação do direito poderia “ser superado com o decurso do tempo, pela formação paulatina

²¹⁶ *Curso de Direito Administrativo...* pp. 981 e 998.

²¹⁷ Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*, passim. São Paulo: Atlas, 1991.

de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e pelo maior conhecimento da Constituição, não pode significar a crise no princípio da legalidade, no sentido de sua redução ou extinção.”²¹⁸

Um ano depois, no artigo “Limites do controle externo da administração pública: ainda é possível falar em discricionariedade administrativa?”, publicado em 2013, Di Pietro constata que “fácil é concluir-se o quanto a inserção, no conceito de legalidade, de *princípios e valores* (expressos por termos indeterminados) contribuiu para reduzir a discricionariedade administrativa”, concedendo, contudo, que “remanesce para a Administração Pública uma certa margem de apreciação para aplicar os conceitos jurídicos indeterminados, levando em conta principalmente os princípios da razoabilidade e da motivação; como remanesce também o conceito de mérito, ainda que bastante reduzido”.²¹⁹

Como se percebe, Di Pietro também pensa a discricionariedade administrativa a partir de seu controle, restringindo a aplicação do instituto, ao fim e ao cabo, aos conceitos jurídicos indeterminados, os quais, ainda assim, terão no Poder Judiciário sua última instância de determinação a partir da ponderação de princípios.

Em Celso Antônio e Maria Sylvia Zanella Di Pietro encontram-se ligeiras nuances quanto às causas da discricionariedade administrativa: Celso Antônio reconhece a decisão discricionária com base em critérios conveniência e oportunidade, enquanto para Di Pietro a discricionariedade só tem como causa os conceitos jurídicos indeterminados. Contudo, em matéria de controle jurisdicional, ambos sujeitam a discricionariedade administrativa irrestritamente à “tarefa interpretativa” incumbida ao Poder judiciário para “encontrar barreiras que delimitam mais acertadamente a zona de liberdade de avaliação administrativa”²²⁰ ou “inferir que a valoração subjetiva tem que ser feita dentro do razoável.”²²¹ Assim, a decisão discricionária da Administração é substituída pela decisão discricionária do controle jurisdicional, a quem doravante

²¹⁸ Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “Da constitucionalização do direito administrativo - Reflexos sobre o princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa”, p. 5 (itálicos no original), in *Atualidades Jurídicas: Revista do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - OAB*, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, pp. 83-106, jan. / Jun. 2012.

²¹⁹ Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “Limites do controle externo da administração pública - ainda é possível falar em discricionariedade administrativa?”, *Revista Brasileira de Direito Público*, v. 11, pp. 9-24, Belo Horizonte: Fórum, julho/setembro 2013.

²²⁰ *Elementos de Direito Administrativo...*, p. 249.

²²¹ Para Di Pietro, mesmo no caso de ato legitimamente discricionário, apela-se “para o **princípio da razoabilidade** para daí inferir que a valoração subjetiva tem que ser feita dentro do razoável, ou seja, em consonância com aquilo que, para o senso comum, seria aceitável perante a lei. (...) Essa tendência que se observa na doutrina, de ampliar o alcance da apreciação do Poder Judiciário, não implica invasão na discricionariedade administrativa; o que se procura é colocar essa discricionariedade em seus devidos limites (...).” *Direito Administrativo...*, pp. 225-226.

competete definir em última instância e em qualquer caso qual a “providência administrativa ótima” ou a “interpretação adequada da lei” no caso concreto.

Vê-se que, para os autores referidos, ao controle jurisdicional não é relevante se a discricionariedade administrativa funda-se na separação de poderes e na legalidade ou na imprecisão da linguagem. Em ambos percebe-se a indiferença quanto à discricionariedade administrativa como *categoria ontológica*, ou seja, como significado de um enunciado normativo determinado pelo Legislador para conferir à Administração Pública a prerrogativa de escolher entre duas ou mais soluções diante do caso concreto.²²² Como conseqüência lógica não se encontra nestes autores qualquer referência substantiva quanto ao dever de autocontenção judicial ou deferência dos tribunais nos casos de discricionariedade administrativa ontológica como limites inerentes à separação orgânica e funcional de poderes.

A doutrina garantística do controle jurisdicional da discricionariedade administrativa vai preparar o terreno para que nos anos 1990 desenvolvam-se as teses do *controle extremo*.

(ii) A doutrina do controle jurisdicional no Estado Democrático de Direito

a) Algumas referências portuguesas à doutrina do *controle extremo*²²³

Na tentativa de elucidar as premissas metaéticas e teórico-metodológicas sobre as quais vai assentar-se a doutrina do *controle extremo* da discricionariedade administrativa, apresenta-se um breve painel de contribuições da doutrina administrativista portuguesa contemporânea às quais recorrem alguns

²²²David Duarte, “A discricionariedade administrativa e a competência (sobre a função administrativa) do Provedor de Justiça”, pp. 39-40, in *O Provedor de Justiça – Novos Estudos*, Lisboa: Provedoria de Justiça – Divisão de Documentação, 2008, pp. 33-77.

²²³ Por razões formais e materiais relativas às exigências da investigação no Curso de Mestrado Científico, cingir-se-á o rol de autores contemporâneos brasileiros alinhados na tese que denominamos “controle extremo”. Dentre os destaques, vão figurar Juarez Freitas e Gustavo Binbenbim, que postulam o controle extremo da discricionariedade administrativa pelo Poder Judiciário. Ambos os autores recorrem, em maior ou menor grau, à doutrina administrativista portuguesa (mas não só a ela, é claro), nomeadamente, à doutrina de Paulo Otero, Vasco Pereira da Silva e Luís Filipe Colaço Antunes, para fundamentar posições ético-políticas e teórico-metodológicas,

autores brasileiros para respaldar as teses sobre a erosão da legalidade administrativa e o papel do controle jurisdicional extremo.

O *sincretismo metodológico* que alinhava argumentos para fundamentar o *controle extremo* da discricionariedade administrativa não recorre apenas à distinção entre princípios e regras de Dworkin, à ponderação e proporcionalidade de Alexy ou à redução a zero da discricionariedade proposta por Garcia de Enterría e Fernández.²²⁴ Também na doutrina portuguesa os administrativistas brasileiros vão buscar elementos para verdadeiras formulações *patchwork* que mesclam, por exemplo, posições teóricas de administrativistas brasileiros como Celso Antônio Bandeira de Mello, uma confesso positivista inclusivo pertencente à “vertente conservadora do liberalismo” que elabora sua doutrina a partir de um sistema de *judicial review*, com as teses de administrativistas portugueses pertencentes à “vertente progressista do liberalismo”²²⁵ que sustenta posições pós-positivistas para descrever realidades jurídico-políticas de um país que adota diferentes modelos de separação de poderes e de controle jurisdicional da Administração Pública, dentre os quais destacam-se Paulo Otero, Vasco Pereira da Silva, Maria João Estorninho e Luís Filipe Colaço Antunes, entre outros prestigiados pelos administrativistas contemporâneos brasileiros.

Isto posto, é uma constatação fática afirmar que parcela importante da ciência jurídica administrativo em Portugal do século XXI, assim como em outros países de tradição continental-europeia, já não recorre à célebre metáfora de Prosper Weil sobre a criação do direito administrativo em França como “fruto de um milagre” para ilustrar a importância da submissão do Poder Executivo à jurisprudência do *Conseil d’Etat* e acentuar a relevância da separação de poderes pela “auto-limitação consentida” do Poder Executivo francês quando da passagem da *justice retenue* à *justice déléguée* (“um prodígio cada dia renovado”, segundo Weil).²²⁶

²²⁴ A doutrina da chamada “discricionariedade zero” defende que ante uma situação concreta em que haja discricionariedade para a Administração e que exista um conjunto de alternativas possíveis de serem adotadas, estas devem ser reduzidas até que se chegue à uma única possível, competindo ao Poder Judiciário proferir decisão final no sentido da interpretação e realização desse único caminho possível. Cf. Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, 7ª ed., Civitas: Madrid, 1998, p. 474. Na doutrina administrativista brasileira sobre a redução a zero da discricionariedade, cf. Luis Manuel Fonseca Pires, *Controle Judicial da discricionariedade administrativa*, 2ª ed., Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013, pp. 199-201.

²²⁵ Para as “vertentes do liberalismo” e sua influência sobre a legalidade administrativa, cf. Paulo Otero, *Legalidade e Administração Pública: O sentido da vinculação administrativa à juridicidade...*, pp. 91-93.

²²⁶ Prosper Weil, *O Direito Administrativo* (trad. do francês *Le Droit Administratif* por Maria da Glória Ferreira Pinto), Coimbra: Livraria Almedina, 1977, pp. 7 e ss.

Neste já não tão novo milênio, no qual especula-se a emergência de um “Estado pós-democrático”,²²⁷ parcela da doutrina administrativista do Velho Mundo mostra-se descrente quanto a ocorrência efetiva do referido “milagre”, revisitando e revisando paradigmas fundantes do direito administrativo, como a separação de poderes e a legalidade administrativa, os quais passam a ser desvestidos da “sacralidade” de outrora. Exemplo desta revisão paradigmática pode ser encontrado na doutrina elaborada por juristas portugueses objeto de estudo na fase curricular do Mestrado Científico que culmina na presente dissertação. Por todos, cita-se o professor Paulo Otero, que propõe uma investigação ampla e detalhar “um processo analítico de ‘desconstrução’ ou ‘desmontagem’ dos quadros clássicos de configuração de legalidade administrativa”, para revelar “uma dimensão normalmente oculta no tratamento das relações entre a Administração Pública e a normatividade reguladora da sua actividade”.²²⁸

Esta “desconstrução” ou “desmonte” retrospectivo de circunstâncias históricas e conceitos até então sedimentados ao longo de mais de dois séculos incidem decisivamente sobre os princípios da separação de poderes e da legalidade administrativa, com consequências drásticas sobre o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa. A revisão paradigmática parte da identificação de contradições e disputas de conceitos da filosofia política liberal (v.g., as distintas posições sobre a separação de poderes e a legalidade em Locke, Montesquieu e Rousseau) e da própria origem do direito administrativo, outrora considerada um “milagroso” fruto da Revolução liberal, agora é percebida por autores como o professor Vasco Pereira da Silva enquanto uma “pecado original” cometido pelos revolucionários ao instituir a “promiscuidade entre as tarefas de administrar e julgar” para concretização política da tese que seria “mais tarde, eufemisticamente designada pela doutrina como constituindo a ‘concepção francesa’ ou a ‘concepção rígida’ da separação dos poderes.”²²⁹

O desenvolvimento da doutrina portuguesa com relação ao princípio da separação de poderes e ao seu consectário lógico, a legalidade administrativa, demonstram que não há verdades científicas absolutas, mas apenas conceitos relativos

²²⁷ Sobre características gerais do “Estado pós-democrático”, cf. Rubens Casara, *Estado Pós-Democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis*, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017; sobre a relação do “Estado pós-democrático” com o direito público no Brasil, cf. Rafael Valim, *Estado de exceção: A forma jurídica do neoliberalismo*, São Paulo: Editora Contracorrente, 2017.

²²⁸ Paulo Otero, *Legalidade e Administração Pública: O sentido da vinculação administrativa à juridicidade...* p. 17.

²²⁹ Vasco Pereira da Silva, *O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise*, 2ª ed. actual., Coimbra: Edições Almedina, 2009, pp. 13-14.

e contingentes. Neste caso, a revisão do entendimento de sobre o conteúdo jurídico-político do princípio da separação de poderes e de suas projeções normativas sobre a função administrativa e a Administração Pública parecem resultar dos desafios colocados à ciência jurídica pela realidade política, econômica e cultural de um país que vivenciou transições marcantes de modelos de Estado, desde os albores da modernidade capitalista e da formação dos Estados nacionais, e que agora enfrenta a experiência político-administrativa comunitária e, mesmo, a postulação de um “direito administrativo global”.²³⁰

Neste quadro revisionista do direito administrativo português, identifica-se, ao menos, duas vertentes de desafios colocados diante da pretensão de fundamentação da discricionariedade administrativa no princípio da separação de poderes. São desafios de ordem ético-política que vão afrontar a categoria da *discricionariedade ontológica*, ou seja, discricionariedade como significado de um enunciado normativo, e desafios teórico-metodológicos que dizem respeito à *discricionariedade resultante das incertezas de linguagem*.²³¹

A discricionariedade ontológica é submetida à revisão ético-política do princípio da separação de poderes como fundamento da reserva de administração. Nesta vertente, Paulo Otero afirma que a separação de poderes não passa de um “dogma” criado pela revolução liberal francesa de 1789 para “excluir a actividade administrativa do controlo pelos tribunais judiciais”. Ao autor, o princípio se mostra um “simples pretexto” para garantir amplo espaço de liberdade decisória à Administração Pública, imune ao controle judicial e submetido apenas ao “modelo de contencioso em que a Administração se julgaria a ela própria”, de modo que haveria neste particular aspecto “uma perfeita continuidade entre o modelo de controlo da administrativo adoptado pela Revolução Francesa e aquele que vigorava no *Ancien Régime*.”²³²

²³⁰ Para um panorama no plano teórico das formas de Estado Moderno, cf. Lenio Luiz Streck e José Bolzan de Moraes, *Ciência Política & Teoria do Estado*, 8ª ed. rev. e atual., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, pp. 91-139. Sobre “as raízes históricas e evolução do Estado Moderno”, cf. Paulo Bonavides, *Teoria do Estado*, 4ª ed. rev. e ampl., São Paulo: Malheiros Editores, 2003, pp. 21-57. Para o “direito administrativo global”, Sabino Cassese, “El espacio jurídico global”, *Revista de Administración Pública*, Núm. 157, Enero-abril 2002, pp. 11-26 e, especialmente, Vasco Pereira da Silva, “O impacto do Direito Administrativo sem Fronteiras no Direito Administrativo português”, in *Actas do XII Colóquio Luso-Espanhol de Professores de Direito Administrativo - O Direito Administrativo Transnacional* (Direito Administrativo Internacional, Europeu e Global) e *as suas implicações*, Universidade Lusíada, 2018.

²³¹ David Duarte, “A discricionariedade administrativa e a competência (sobre a função administrativa) do Provedor de Justiça...”, pp. 39-40.

²³² *Legalidade e Administração Pública: O sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, 2ª reimpr. da edição de Maio/2003, Coimbra: Edições Almedina, 2011, pp. 275 e 278.

Esta concepção revisionista da separação de poderes — cuja “fórmula imperecível” enunciada pela Declaração de Direito de 3/9/1791,²³³ é o “alicerce jurídico de todas as Constituições já promulgadas, do qual não se pode prescindir sem correr o risco de recair nos regimes de exceção e arbítrio”²³⁴ —, entretanto, não impedirá Otero de reconhecer no princípio a “identidade de legitimidade constitucional” da reserva de administração como “espaço próprio e exclusivo de intervenção decisória a favor da Administração Pública, excluindo de qualquer imiscuir do legislador e dos tribunais” e, ainda, a fonte do poder administrativo expressivo de “uma parte da soberania do Estado” que goza de “legitimidade em tudo semelhante aos restantes poderes do Estado”.²³⁵

Na vertente teórico-metodológica, a crítica à fundamentação da discricionariedade administrativa na separação de poderes opera pela tentativa de restrição ou confinamento da discricionariedade no âmbito hermenêutico. Ilustrativa desta perspectiva é a posição radical de Luís Filipe Colaço Antunes. Ao final do painel curiosamente intitulado “Da discricionariedade discricionária à discricionariedade não discricionária”, o autor conclui pela “complementaridade entre interpretação jurídica e discricionariedade administrativa, ressaltando, no entanto, que nesta pontifica um momento dispositivo (em sentido próprio) que não se verifica na interpretação.”²³⁶ Para chegar a esta conclusão, Antunes apresenta a doutrina de Fritz Ossenbühl que coloca o problema da discricionariedade no plano da “separação de competências (poderes) e da legitimidade jurídico-constitucional”. Ossenbühl preconiza o abandono da “via normativo-teorético-interpretativa” em benefício do princípio da separação de poderes, uma vez que a estrutura dos conceitos indeterminados ou a irrepetibilidade da situação de fato no processo judicial não forneceriam elementos seguros “para traçar a divisória entre Administração e o juiz administrativo” (“Zur Renaissance der administrativen Beurteilungsermächtigung”, in *DöV*, 1972, p. 402, citado por Antunes).²³⁷ Diante da indeterminação conceitual e da irrepetibilidade dos fatos, Ossenbühl conclui que “à Administração devem caber todos os poderes de decisão e apreciação para que está funcional e constitucionalmente legitimada (‘Vom unbestimmten Gesetzesbegriff zur

²³³ Artigo XVI, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão: “*Toda sociedade, em que não se assegura a garantia dos direitos, nem a separação dos poderes determinada, não tem Constituição.*”

²³⁴ Paulo Bonavides, *Teoria do Estado*, 4ª ed. rev. e ampl., São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 31.

²³⁵ Paulo Otero, *Manual de Direito Administrativo – vol. I*, Coimbra: Edições Almedina, 2014, pp. 181 e 186.

²³⁶ *A Ciência Jurídica Administrativa* [colaboração de Juliana Ferraz Coutinho], Coimbra: Edições Almedina, 2013, pp. 288 e 328.

²³⁷ *A Ciência Jurídica Administrativa...* p. 297.

letzverantwortlichen Verwaltungsentscheidung’, in *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1974, p. 312, citado por Antunes).²³⁸

Após apresentar as ideias do jurista alemão, Antunes passa a fazer-lhe reservas explícitas, uma vez que a teoria da discricionariedade no plano da separação de poderes teria “o inconveniente de alargar excessivamente o poder discricionário da Administração, incluindo aí o momento cognoscitivo dos pressupostos do ato e a apreciação e qualificação jurídica dos factos.”²³⁹ Esta posição de Antunes em favor do alargamento e intensificação da jurisdição constitucional sobre a discricionariedade legislativa e administrativa, contudo, encontraria mais apelo junto ao direito constitucional positivo alemão que no próprio ordenamento positivo português, uma vez que enquanto o Art. 2º da Constituição da República Portuguesa prevê a “separação e interdependência de poderes”,²⁴⁰ o Artigo 20 (3), da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, dispõe que “o poder legislativo está submetido à ordem constitucional; os poderes executivo e judiciário obedecem à lei e ao direito.”²⁴¹

Antunes vai então propor como teoria “decisiva para a determinação da intensidade e amplitude do controlo jurisdicional (...), a doutrina da atribuição normativa da competência para adotar a última decisão”, cujo “contributo novo” seria precisamente “o de reduzir o campo de divergência entre a norma de conduta e a norma de controlo, permitindo um controlo jurisdicional mais intenso nos domínios em que a Administração goza de maior liberdade de decisão ou de apreciação.”²⁴² Em outros termos, para esta doutrina da *atribuição normativa*, as *normas de conduta* dirigidas à Administração são tendencialmente *normas de controle* endereçadas ao juiz,²⁴³ dependendo a intensidade do controle jurisdicional da “densidade” da disciplina positiva que regula os poderes da Administração, contudo, Antunes chega a afirmar que:

Mesmo em caso de atribuição legal expressa à Administração do poder de dizer a última palavra, isso não invalida o momento interpretativo e, assim sendo, o papel do juiz administrativo, uma vez que o texto normativo não oferece, apesar

²³⁸ Idem, op. cit., loc. cit.

²³⁹ Ibidem.

²⁴⁰ Constituição da República Portuguesa - VII Revisão constitucional, Assembleia da República, 2005.

²⁴¹ *Lei Fundamental da República Federal da Alemanha* (trad. de Aachen Assis Mendonça, rev. jurídica de Bonn Urbano Carvelli), Deutschen Bundestag, 2011, p. 31.

²⁴² Ibidem, p. 301, itálicos no original.

²⁴³ Exatamente neste mesmo sentido, cf. Mariano Bacigalupo, *La Discrecionalidad Administrativa (Estructura Normativa, Control Judicial y Límites Constitucionales de su Atribución)*, Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 78.

da aparência, uma resposta definitiva e única à questão da *Letztentscheidungsbefugnis*.²⁴⁴ (em tradução livre *autoridade para decisão final*)

Em outras palavras, a doutrina da apuração da “densidade normativa” a favor do alargamento e da intensificação da discricionariedade judicial caracteriza uma opção teórico-metodológica em detrimento da discricionariedade administrativa ontológica. Esta opção, que vai encontrar eco no administrativismo brasileiro, como se verá a frente no exame da doutrina de Gustavo Binenbojm, não deixa de ter conteúdo ético-político na medida que sem qualquer apego ao direito positivo constitucional coloca o Poder Judiciário numa posição privilegiada não só como intérprete, mas também como criador do direito em última instância.

Ambas as vertentes críticas da discricionariedade administrativa na doutrina portuguesa contemporânea refletem uma “compreensível tendência garantística que tem dominado parte da elaboração científica sobre a discricionariedade administrativa.” Conforme constatou David Duarte, esta doutrina garantística desapegada dos textos normativos fundamenta-se a partir dos “receios com o que daí pode resultar para o controlo jurisdicional das normas e decisões, ou pela ameaça que pode provir do seu exercício para os destinatários da função administrativa (...).”²⁴⁵ Porém, prossegue Duarte, este tipo de análise

(...) tem servido também para ocultar, para além do que compreende de insuficiências inaceitáveis de objectividade, que as questões da discricionariedade são questões cuja abordagem depende, essencialmente, da compreensão das normas do conjunto normativo. A análise emotiva que a tendência garantística faz da discricionariedade conduz, por isso, a duas deficiências (...): (i) a redução de tudo o que é relativo à discricionariedade a uma tentativa de limitação do exercício *não regulado* da função, desvalorizando a sua avaliação com base no apuramento objectivo das condições normativas que a suscitam e (ii) a construção da discricionariedade como um objecto da ciência que remete, essencialmente, para a procura de soluções no domínio de seu controlo jurisdicional, remissão da qual decorre a depreciação da questão prévia do apuramento das normas que regulam seu exercício.²⁴⁶

O debate teórico evidencia que as instituições jurídico-políticas, o direito positivo, as concepções jurídicas e as interpretações refletem a realidade do ambiente local, com sua história e características próprias. A questão que se coloca a seguir é o modo pelo qual estas ideias exógenas vão influenciar a doutrina administrativista

²⁴⁴ *A Ciência Jurídica Administrativa...* p. 302.

²⁴⁵ *A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa – A teoria da norma e a criação de normas de decisão na discricionariedade instrutória*, Coimbra: Almedina, 2006, pp. 459-464.

²⁴⁶ *Ibidem*, pp. 459-460.

brasileira em fins do século XX e nesta primeiras décadas do século XXI, justamente o mais longo período de democracia constitucional na história do país (1988-2019), quadra em que os chefes da Administração Pública e o Poder Legislativo são eleitos direta e periodicamente pela sociedade, mantendo-se o funcionamento autônomo das funções de poder do Estado, com destaque para o inédito prestígio e independência funcional do Poder Judiciário.

É nesta quadra que a doutrina vai aprofundar-se nas teses sobre a indeterminação da legalidade administrativa e fundamentar o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa irrestrito para introduzi-lo em quadrantes altamente específicos da atuação administrativa (a exemplo da formulação e gestão políticas públicas), elevando a níveis de intensidade jamais experimentados na vida republicana (a exemplo de condenações por improbidade administrativa por *violação culposa* de princípios jurídicos).

Um dos mais destacados representantes da geração da doutrina administrativista brasileira contemporânea que espelha a influência dos autores portugueses supracitados é Gustavo Binenbojm, professor titular de direito administrativo da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ e membro da geração graduada em direito pós-1988 (bacharelou-se em 1994). Binenbojm publicou em 2005 o artigo “Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo”, no qual afirma categoricamente que com a constitucionalização do ordenamento jurídico a discricionariedade administrativa “deixa de ser um espaço de livre escolha do administrador para convolar-se em um **resíduo de legitimidade**, a ser preenchido por procedimentos técnicos e jurídicos prescritos pela Constituição e pela lei com vistas à otimização do grau de legitimidade da decisão administrativa.”²⁴⁷ (negrito nosso)

Em 2007, às vésperas de completar-se a segunda década da experiência constitucional, Binenbojm publica “A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos”, no qual vai aderir à revisão de que “a ideia de uma origem liberal e garantística do direito administrativo (...) não passa de um mito”, remetendo-se expressamente à supracitada obra de Paulo Otero, *Legalidade e*

²⁴⁷ Gustavo Binenbojm, “Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo”, in *Revista de Direito Administrativo*, nº 239, pp. 1-31, Rio de Janeiro, Jan./Mar. 2005.

*Administração Pública – O sentido da vinculação administrativa à juridicidade.*²⁴⁸

Binenbojm ressalta que a Constituição assumiu “papel condutor determinante, funcionando como diretriz normativa legitimadora das novas categorias” do direito administrativo, ideia que explicita em sua obra *Uma teoria do direito administrativo*:

Tal postura científica assenta na superação do dogma da imprescindibilidade da lei para mediar a relação entre a Constituição e a Administração Pública. Com efeito, em vez de a eficácia operativa das normas constitucionais – especialmente as instituidoras de princípios e definidoras de direitos fundamentais – depender sempre da lei para vincular o administrador, tem-se hoje a Constituição como fundamento primeiro do agir administrativo. Como afirma Canotilho, ‘a reserva vertical da lei foi substituída por uma reserva vertical da Constituição.’²⁴⁹

No cenário descrito pelo autor não haveria mais razão para a “dicotomia entre atos vinculados e discricionários, senão que numa teoria de *graus de vinculação à juridicidade*” que levasse em conta o “nível da densidade normativa” incidente no caso concreto (ouve-se aqui os ecos de Colaço Antunes). Binembojm propõe então uma taxonomia substitutiva à distinção entre ato vinculado e discricionário: atos vinculados em níveis “alto” (vinculação por regras constitucionais, legais ou regulamentares), “intermediário” (vinculação por conceitos jurídicos indeterminados) e “baixo” (vinculação por princípios) e, no fechamento de seu “inventário”, afirma que a constitucionalização do direito administrativo deve ser entendida como

uma postura de *releitura e redefinição* dos institutos e conceitos da velha dogmática (...) de molde a erigir novos paradigmas dotados não apenas de maior consistência teórica, mas comprometidos com o sistema democrático, com a busca da eficiência como mola propulsora do desenvolvimento, e sobretudo, com o respeito, proteção e promoção dos direitos fundamentais. (itálicos no noriginal)²⁵⁰

Evidentemente, tais teses revisionistas da separação de poderes e da legalidade administrativa demandam a despolitização e fragilização do poder decisório da Administração Pública preconizando a substituição da discricionariedade administrativa pela discricionariedade judicial (supostamente despolitizada e isenta

²⁴⁸ Idem, “A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos”, p. 500, in Luís Roberto Barroso (Org.), *A reconstrução democrática do direito público no Brasil*, pp. 499-546, Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

²⁴⁹ Gustavo Binenbojm, *Uma teoria do direito administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, 2ª edição, 2008, p. 141.

²⁵⁰ Idem, “A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos”, p. 546, in Luís Roberto Barroso (Org.), *A reconstrução democrática do direito público no Brasil*, pp. 499-546, Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

dos vícios dos Poderes Legislativo e Executivo) nesta que é a fase de mais longa de vigência do Estado constitucional de direito e da representação democrática do Poderes constituídos.

b) A doutrina neoconstitucionalista do *controle extremo*

As teses jurídicas que passaram à influenciar o direito administrativo brasileiro no final do século XX, genericamente designadas como *neoconstitucionalistas*,²⁵¹ terão efeitos devastadores sobre a atividade de controle jurisdicional da discricionariedade administrativa. Estas novas bases teóricas vão influenciar a doutrina brasileira pós-1988 e serão consubstanciadas nas teses derivadas da premissa de “constitucionalização do ordenamento jurídico”,²⁵² dentre as quais destaca-se a diminuição da importância ou mesmo irrelevância do princípio da separação de poderes que passa a ser descrito como “um princípio decadente na técnica do constitucionalismo, em razão da dilatação dos fins reconhecidos pelo Estado, a partir do século XX”, de modo que especialmente em “países de modernidade tardia, como o Brasil”, nos quais o Estado é “incapaz de sequer promover eficientemente os direitos fundamentais de primeira geração, exige[-se] firmeza das instituições que compõem o sistema de justiça, em especial o Poder Judiciário (...).”²⁵³ Como conseqüência da derrocada do princípio da separação de poderes, o próprio princípio da legalidade como compatibilidade ou conformidade com lei torna-se igualmente irrelevante para a doutrina administrativista pós-1988, fortemente inclinada à fundamentar a legalidade como vinculação da “atividade administrativa aos valores que informam o ordenamento jurídico como um todo, associando-se, de modo mais estreito, o direito administrativo às disposições constitucionais.”²⁵⁴

²⁵¹ Sobre a origem e significado do termo “neoconstitucionalismo”, ver nota 10 supra, p. 14.

²⁵² “Por ‘constitucionalización del ordenamiento jurídico’ propongo entender um proceso de transformación de um ordenamiento al término del cual el ordenamiento em cuestión resulta totalmente ‘impregnado’ por las normas constitucionales. Um ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por uma Constitución extremadamente invasora, entrometida, capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales.” (Ricardo Guastini, *Estudios de Teoría Constitucional –Doctrina Jurídica Contemporánea*, p. 153...).

²⁵³ Eduardo Cambi, *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo -Direitos Fundamentais, Políticas Públicas e Protagonismo Judiciário*, São Paulo: Almedina Brasil, 2016, p. 234.

²⁵⁴ Odete Medauar, *O direito administrativo em evolução*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992, p. 147.

A principais teses da doutrina neoconstitucionalista que vão influenciar diretamente o controle jurisdicional da discricionariedade são: i) a conexão entre o direito e a moral; ii) a centralidade da distinção qualitativa entre princípios e regras para a interpretação e aplicação do direito; iii) a força normativa e vinculante dos princípios constitucionais se irradia por todo o ordenamento jurídico; iv) a ponderação de princípios e valores constitucionais como método sucedâneo e oposto à subsunção na interpretação e aplicação do direito; v) a primazia do Poder Judiciário em relação ao legislador e ao administrador na interpretação dos princípios e valores da Constituição (judicialização das relações políticas e sociais).

No início do novo milênio, em que pese os contextos jurídico-constitucional e político-institucional totalmente distintos daqueles que ensejaram a “*postura de combate*” da doutrina em matéria de controle dos poderes discricionários da Administração Pública, os administrativistas parecem querer recuperar o discurso dos anos 1980. Assim, há referências tardias, porque pós-1988, à “desmistificação” da discricionariedade administrativa e da reversão do seu “enclausuramento político”,²⁵⁵ para preconizar a substituição do controle jurisdicional da discricionariedade baseado na subsunção das condutas administrativas às normas constitucionais e legais pelas técnicas de interpretação e ponderação de princípios constitucionais diante do caso concreto.

Sob o argumento da “constitucionalização do ordenamento jurídico” o processo de erosão da legalidade administrativa pela ação da doutrina atingirá o que parece ser o seu auge no conjunto de teses instrumentalizado pela jurisprudência para relativizar e limitar *in extremis* a atividade discricionária da Administração Pública, além de proporcionar a fundamentação jurídica para “criminalização político-civil” das escolhas discricionárias dos agentes públicos pelo Poder Judiciário com base na Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992 (Lei de Improbidade Administrativa – LIA), ampliando a margem de valoração para a condenação de atos discricionários como “atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da Administração Pública”, previstos no art. 11 da Lei, cuja aplicação se dá pela “proporcionalidade” e “ponderação” judicial diante do caso concreto, aos quais voltar-se-á adiante..²⁵⁶

²⁵⁵ Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Mutações do Direito Administrativo*, 2ª ed. rev. e ampl., Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 11.

²⁵⁶ Sobre o tema, Cláudio Dutra Fontella, traz as seguintes conclusões que sintetizam a convergência da doutrina e da jurisprudência contemporâneas no Brasil sobre a sindicabilidade jurisdicional da

A doutrina administrativista brasileira contemporânea parece dar pouca importância à realidade normativa que deveria descrever e interpretar, haja vista que esta realidade, vale dizer, o conjunto normativo formado pelas disposições constitucionais e legislação de regência da discricionariedade administrativa e de seu controle é que constitui o objeto imediato da ciência jurídica especializada do direito administrativo. Contudo, sob a referida influência do “neoconstitucionalismo” ou “constitucionalismo principialista”²⁵⁷ o consenso majoritário tem assente o controle jurisdicional amplo e irrestrito da discricionariedade administrativa como mecanismo de redução ou eliminação das margens de escolha da Administração Pública com fundamento exclusivo na ponderação de princípios expressos ou implícitos na Constituição, além da aferição da proporcionalidade das decisões diante de outros valores, bens e interesses a serem igualmente ponderados no caso concreto. Neste quadro, separação de poderes, a legalidade, a discricionariedade administrativa e a própria democracia são tratados como meros *topoi* (literalmente tópicos ou lugares, ou *topics*, em inglês) desprovidos de conteúdo jurídico-normativo objetivo, determinável e vinculante.

A metáfora espacial “*topoi*”, segundo J. M. Balkin, tem vários sentidos, dentre eles, o de lugares a partir dos quais pode se argumentar ou “lugares-comuns”, isto é, conceitos, temas ou máximas que são amplamente compartilhados na cultura ou

improbidade administrativa: “Como já foi referido, grande é a inovação trazida pelo artigo 11 da Lei n. 8.429/92 ao capitular, **de forma não-taxativa**, condutas tidas como de improbidade por violação dos princípios constitucionais da Administração Pública. O dispositivo estabeleceu, ainda, cláusula geral daquela modalidade de improbidade, juntando aos demais princípios, **também de forma não-exaustiva**, os valores da honestidade, da imparcialidade e da lealdade, aos quais podemos, sem sobressalto, agregar a boa-fé, a finalidade, a proporcionalidade etc. O artigo 11 é, indubitavelmente, o dispositivo de maior grau de abrangência, aplicando-se de forma residual relativamente às demais modalidades de improbidade. **É ele, também, o dispositivo da Lei de Improbidade que mais tem intrigado os operadores do Direito, uma vez que não traz parâmetros para a valoração das condutas tidas como de improbidade**, limitando-se a estabelecer, em linhas gerais, que a violação dos princípios da administração pública importa em ato de improbidade, dando margem à possibilidade de excessos na sua interpretação. Não será, contudo, qualquer ilegalidade equiparada à improbidade, mas aquela grave e que, de forma conjunta, macule a moralidade administrativa. **Deve, portanto, o intérprete, mediante a utilização da proporcionalidade, com norte no princípio da moralidade, verificar se o ato ilegal está revestido de desonestidade, de deslealdade, enfim, de má-fé, para apontá-lo como conduta improba.**” *Improbidade por violação dos Princípios da Administração: Uma abordagem sistemática do art. 11 da Lei n. 8.429/92*, Dissertação de Mestrado na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - Programa de Pós-Graduação em Direito, orientador Prof. Dr. Juarez Freitas, 2009, p. 138. (negritos nossos)

²⁵⁷ Luigi Ferrajoli, “Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo”, in *Anais do IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional*, pp. 95-113, Curitiba: Academia Brasileira de Direito Constitucional, 2011; “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, in *DOXA - Cuadernos de Filosofía del Derecho*, pp. 15-53, nº 34, 2011.

estão associados à sabedoria que foi destilada no senso comum.²⁵⁸ Os lugares comuns utilizados na argumentação jurídica são destritos por Luis Alberto Warat como “elementos calibradores dos processos argumentativos” adotados para “forçar” a aceitação de determinadas teses conclusivas do discurso, a partir de “fórmulas integradoras e esterotipadas” que vão vincular as “conclusões às representações sociais culturalmente impostas, [que] forçam, em processo de identificação ideológica, o consenso sobre as mensagens comunicadas.”²⁵⁹

A descrição de Warat sobre a função dos *topoi* no discurso jurídico explica de maneira adequada o uso (ou a omissão) que a doutrina faz dos princípios da separação de poderes, da legalidade administrativa e dos institutos da reserva de administração e da discricionariedade administrativa. O discurso doutrinário reproduz mecanicamente a problematização da doutrina continental-europeia sem qualquer preocupação com ajustes metodológicos, conceituais e contextuais necessários para explicação das especificidades dos objetos, adotando uma postura “universalista a-histórica” e eurocentrista²⁶⁰ que desconsidera as diferenças normativas constitucionais e político-institucionais nas quais foram originalmente plasmados, desenvolvidos e continuamente atualizados os conceitos e métodos no continente europeu.

Tratando a separação de poderes e legalidade como meros *topoi*, a doutrina administrativista não se preocupará em descrever o conteúdo ou consequências das previsões constitucionais destes princípios para o enquadramento normativo do controle da discricionariedade administrativa. A natureza ontológica desta, condicionante e delimitadora de seu controle pelos tribunais, passará a ser identificada como uma tese “positivista” e ultrapassada, uma vez que para o neoconstitucionalismo administrativista “a definição da *densidade do controle* não segue uma lógica puramente *normativa* (que se restrinja à análise dos enunciados normativos

²⁵⁸ J. M. Balkin, “A Night in the Topics: The Reason of Legal Rhetoric and the Rhetoric of Legal Reason”, pp. 212-213, in *Law's Stories: Narrative and Rhetoric in the Law*, Peter Brooks and Paul Gewirtz eds., New Haven: Yale University Press, pp. 211-224, 1996.

²⁵⁹ Luis Alberto Warat (com a colaboração de Leonel Severo Rocha), *O Direito e sua linguagem*, 2ª versão, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000, pp. 16-17.

²⁶⁰ Sobre o “universalismo a-histórico” e o “eurocentrismo” dos sistemas jurídicos como obstáculos para compreensão do direito, cf. Michel Miaille, *Introdução Crítica ao Direito* (trad. do francês *Une introduction critique au droit* por Ana Prata), 3ª ed., Lisboa: Editorial Estampa, 2005, pp. 53-63.

incidentes ao caso)”²⁶¹ e, como bem observou Marcelo Machado Costa Lima, “para aqueles que enxergam na ascensão neoconstitucional um processo de alteração paradigmática da concepção filosófico-jurídica do sistema brasileiro, por via lógica, admitem a crise e a decadência da concepção que está sendo superada, no caso o positivismo jurídico.”²⁶²

Ao que parece, longe de buscar a determinação dos “sentidos de dever com vista à aplicação a situações concretas, reais ou imaginárias, estabelecendo as correlativas normas de decisão, ou seja, as normas derivadas das normas do conjunto normativo que estabelecem para um caso o sentido de dever ser efetivo”,²⁶³ a doutrina administrativista contemporânea do controle da discricionariedade administrativa, majoritariamente, está mais interessada em justificar a substituição da discricionariedade administrativa pela discricionariedade judicial, deslegitimando a Administração Pública e o Legislador ao recobrir com razões de política e de moral sob o manto de teses jurídicas. Assim, é sintomático que não se encontre nos administrativistas neoconstitucionalistas já referidos qualquer menção ao esforço teórico de fundamentação da *derrotabilidade* das normas constitucionais e infraconstitucionais que compõem o regime jurídico-administrativo pelo controle jurisdicional, haja vista que “apesar de não ser incluída no estudo do constitucionalismo moderno, constitui pressuposto de qualquer teoria que defenda a excepcionalização de regras jurídicas (como a teoria dos princípios)”, mesmo não sendo uma categoria jurídica nova, mas um fenômeno empírico verificável, conforme já aludido por H. L. A. Hart.²⁶⁴

Ao negar qualquer relação entre aos princípios explícitos da separação de poderes e da legalidade administrativa que suportam o instituto da discricionariedade administrativa no Brasil, a doutrina está a negar uma relação bem elucidada na doutrina administrativista do países de administração executiva e que determina repercussões em “toda a estrutura normativa dentro da qual vai agir a

²⁶¹ Gustavo Binenbojm, “A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos”, p. 518, in Luís Roberto Barroso (Org.), *A reconstrução democrática do direito público no Brasil*, pp. 499-546, Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

²⁶² Marcelo Machado Costa Lima, *A Validade Legítima: Um ensaio sobre o caso brasileiro*, tese de Doutorado em Direito - Especialidade de Ciências Jurídico-Políticas, orientador Prof. Dr. Paulo Otero, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2014, p. 87.

²⁶³ David Duarte, *A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa...*, p. 47.

²⁶⁴ Fernando Andreoni Vasconcellos, *Hermenêutica jurídica e derrotabilidade*, Curitiba: Editora Juruá, 2010, pp. 63-64 e 78.

discrecionariedade administrativa”, cuja atuação encontra-se emoldurada pelos “comandos superiores da constituição, ou seja, na missão constitucional da administração.”²⁶⁵

c) O consenso principiológico na “era da ponderação”

A questão do controle principiológico da discrecionariedade administrativa remete-se à teoria do direito, uma vez que a própria definição de “princípios” não é consensual na doutrina. Expressiva maioria recorre ora ao critério hermenêutico de Ronald Dworkin, diferenciando princípios das “regras” pela *dimensão de peso* (*dimension of weight*) na aplicação, uma vez que os princípios, segundo Dworkin, ao contrário das regras que são aplicadas ao modo *tudo ou nada* (*all-or-nothing*), devem ter seu “peso” ponderado na aplicação. Também é comum o recurso ao critério estrutural de Robert Alexy que propõe serem os “princípios” *mandados de otimização* e as regras *mandados de definição*, deixando clara a supremacia dos princípios sobre as regras. Humberto Ávila vai relacionar definições de “princípios” de Josef Esser (“fundamento normativo para que determinado fundamento seja encontrado”); Karl Larenz (“normas que estabelecem fundamentos normativos para interpretação e aplicação do direito, deles decorrendo, direta ou indiretamente, normas de comportamento”) e, Claus-Wilhelm Canaris (“princípios, ao contrário das regras, possuiriam conteúdo axiológico explícito (...) e receberiam seu conteúdo de sentido somente por meio de um processo dialético de complementação e limitação”).²⁶⁶

Diante desta pluralidade de aceções, Riccardo Guastini afirma que a doutrina sequer deveria buscar uma “definição única” para o conceito de “princípios jurídicos”, mas reconhecer *pragmaticamente* que alguns autores os utilizam com determinado significado e outros com significado diverso, e que o termo “princípio” pode denominar mais de um fenômeno.²⁶⁷ Contudo, estas considerações iniciais estão longe de perquirir qual a relevância ou conveniência para a ciência jurídica da densificação do conceito de “princípio”. Pretende-se apenas chamar a atenção para a circunstância de que não obstante a indefinição teórica quanto ao que sejam ou devam

²⁶⁵ Caio Tácito, “Bases Constitucionais do Direito Administrativo”, 39, in *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Vol. 166, pp. 37-44, out./dez. 1986.

²⁶⁶ Humberto Ávila, *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 11ª ed. rev., São Paulo: Malheiros Editores, 2010, pp. 35-36.

²⁶⁷ *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano: Giuffrè, 1998, p. 276. Guastini vai discorrer sobre a tipologia dos princípios em *Distinguendo: studi di teoria e metateoria del diritto*, Torino: Giappichelli, 1996, pp. 116 e ss.

ser “princípios jurídicos”, há um consenso da corrente principal do direito administrativo brasileiro quanto ao seu caráter vinculante para a atuação da Administração Pública, sejam os princípios “explícitos” ou “expressos”, constantes do *caput* do art. 37 da Constituição (*legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e impessoalidade*), sejam aqueles princípios elaborados pela doutrina e jurisprudência, denominados por sua condição *não-expressa* como princípios “implícitos”, “inerentes”, “doutrinários”, “reconhecidos”, “decorrentes” etc., os quais variam de autor para autor, de juiz para juiz e de tribunal para tribunal.

A doutrina administrativista (assim como a jurisprudência dos tribunais) vai fornecer inúmeros “cardápios” alternativos de princípios e contribuirá para aquilo que Lenio Luiz Streck chama de “pan-principiologismo”, fenômeno autorizativo de que “na ‘ausência’ de ‘leis apropriadas’ (...) o intérprete ‘deve’ lançar mão dessa ampla principiologia, sendo que, na falta de um ‘princípio’ aplicável, o próprio intérprete pode criá-lo”.²⁶⁸ Neste quadro de incontáveis (e alguns incontrolláveis) princípios, “a legalidade, embora ainda muito importante, passa a constituir apenas um princípio do sistema de princípios e regras constitucionais”,²⁶⁹ avultando o papel da “ponderação” diante do caso concreto, ainda que não se encontre na literatura especializada de direito administrativo quaisquer tentativas de demonstrar como eventuais “colisões de princípios” podem ser resolvidas dentro de parâmetros de racionalidade nos moldes propostos pela aplicação da “fórmula do peso” de Robert Alexy,²⁷⁰ jurista ao qual os administrativistas e constitucionalistas brasileiros, em regra, apelam para fundamentar a técnica da “ponderação de princípios”.

A *mainstream* da doutrina administrativista brasileira parece infensa às críticas ao crescente protagonismo judicial e para os riscos que o alargamento do controle jurisdicional da discricionariedade administrativa baseado exclusivamente na “ponderação de princípios” pode representar para a separação de poderes, a legalidade

²⁶⁸ Lenio Luiz Streck, “Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo”, p. 67, in Luigi Ferrajoli; Lenio Luiz Streck; André Karam Trindade (Orgs.), *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*, pp. 59-94, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

²⁶⁹ Gustavo Binenbojm “A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos” ..., p. 541.

²⁷⁰ Cf. Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2ª ed., 2ª tiragem, (trad. de Virgílio Afonso da Silva da 5ª ed. de *Theorie der Grundrechte*), São Paulo: Malheiros Editores, pp. 93-103; Robert Alexy, “A fórmula do peso”, in Robert Alexy, *Constitucionalismo Discursivo*, 4ª ed. rev. (org./trad. Luís Afonso Heck), Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. pp. 131-153;

e legitimidade democráticas da governança e à segurança jurídica.²⁷¹ Para identificar a corrente principal da doutrina foram consultados, além dos trabalhos monográficos citados ao longo da dissertação, os seguintes manuais já consagrados por sucessivas reedições: *Curso de Direito Administrativo*; Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*; Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito Administrativo*; José dos Santos Carvalho Filho, *Manual de Direito Administrativo*; Lucia Valle Figueiredo, *Curso de Direito Administrativo*; Celso Ribeiro Bastos, *Curso de Direito Administrativo*.²⁷² Ressalte-se que, em se tratando exclusivamente de *manuais* de direito administrativo escritos ou atualizados pelos próprios autores após a Constituição de 1988, apenas Marçal Justen Filho se opõe expressamente à corrente majoritária da expansão do controle jurisdicional da administração exclusivamente em bases principiológicas.²⁷³

Os principais “catálogos” de princípios que vinculam a atividade administrativa no Brasil, parecem revelar certa “incompreensão radical da doutrina nacional sobre os pontos determinantes para determinação do próprio conceito de princípio”.²⁷⁴ Luís Roberto Barroso, expoente do neoconstitucionalismo que irá influenciar toda a geração de administrativistas pós-1988 afirma que princípios são “o conjunto de normas que espelham a ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seus fins. (...) são as normas eleitas pelo constituinte como fundamentos ou qualificações essenciais da ordem jurídica que institui.”²⁷⁵ Barroso concede que a “eleição dos princípios” é obra do constituinte e afirma que “não existe hierarquia em abstrato entre tais princípios [constitucionais], devendo a precedência relativa de um sobre o outro ser determinada à luz

²⁷¹ Neste sentido, vastas investigações e literatura têm sido produzidas, *v.g.*, cf. Robert Alexy, “Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade”, in Robert Alexy, *Constitucionalismo Discursivo...*; Luigi Ferrajoli, *Garantismo: uma discussão sobre direito e democracia* (trad. Alexander Araújo de Souza), Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2012; Elival da Silva Ramos, *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*, 1ª ed., 2ª tir., São Paulo: Editora Saraiva, 2010; Antoine Garapon, *O guardador de promessas: justiça e democracia* (trad. Francisco Aragão), Lisboa: Instituto Piaget, 1998.

²⁷² Cf. Celso Antônio Bandeira De Mello, *Curso de Direito Administrativo*, 28ª ed., São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 95 e ss.; Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito Administrativo*, 27ª ed., São Paulo: Atlas, 2013, pp. 63 e ss.; José dos Santos Carvalho Filho, *Manual de Direito Administrativo*, 33ª ed., São Paulo: Editora Atlas, 2019, pp. 19 e ss.; Lúcia Valle Figueiredo, *Curso de Direito Administrativo*, 5ª ed., São Paulo: Malheiros, 2001, pp. 37 e ss.; Celso Ribeiro Bastos, *Curso de Direito Administrativo*, 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2000, pp. 23 e ss.

²⁷³ Marçal Justen Filho, *Curso de Direito Administrativo*, 12ª ed., pp. 61-107, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. Também em sentido contrário à corrente majoritária, cf.: Carlos Ari Sundfeld, *Direito Administrativo para céticos*, São Paulo: Malheiros Editores, 2012 (notadamente, o ensaio “Princípio é preguiça?”, pp. 60-84).

²⁷⁴ Lenio Luiz Streck, *Verdade e Consenso*, 6ª ed. rev. e ampl., São Paulo: Editora Saraiva, 2017, p. 578.

²⁷⁵ Luís Roberto Barroso, *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*, São Paulo, Saraiva, 1999, pág. 147.

do caso concreto,”²⁷⁶ ou seja, compete ao intérprete determinar caso a caso, pela via da “ponderação” ou “sopesamento”, qual princípio deve prevalecer.

Celso Antônio Bandeira de Mello define princípio como “mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão inteligência delas (...)”.²⁷⁷ O autor, apresentado como referência da transição da doutrina do *controle restrito* ao *controle amplo* por ter iniciado o deslocamento teórico-metodológico da discricionariedade administrativa e de seu controle do *terreno da gestão política* para o *campo da interpretação*, também é representativo da transição paradigmática do *controle amplo* ao *controle extremo*. Esta constatação é feita a partir da análise da evolução do “cardápio” de princípios do autor entre a publicação da primeira edição de *Elementos de Direito Administrativo* (1980) e a publicação do *Curso de Direito Administrativo*, título pelo qual a obra original passou a ser denominada desde a edição de 1993.

Em *Elementos de Direito Administrativo*, o rol de princípios descritos por Celso Antonio traduz a posição de *supremacia e império* da Administração, supremacia esta contra a qual a “*postura de combate*” vai ser encetada pelo próprio Celso Antônio, notadamente pela publicação do já citado *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*, em 1992. Em 1980, Celso Antônio catalogava os seguintes “princípios” que seriam revistos ou totalmente banidos (a exemplo do *principio da discricionarieade*) a partir da 1ª edição do *Curso* em 1993:

- 1) Princípio da posição da privilegiada dos órgãos da Administração Pública nas relações jurídicas. 2) Princípio da supremacia dos órgãos da Administração Pública (expressado sobretudo através dos seus desdobramentos contidos nos princípios imediatamente seguintes). 3) Princípio do estabelecimento unilateral de obrigações aos particulares, Poder de Polícia e atos que traduzem ‘império’ em geral. 4) Princípio da presunção de veracidade dos atos administrativos. 5) Princípio de legitimidade dos atos administrativos. 6) Princípio de exigibilidade dos atos administrativos. 7) Princípio de auto-executoriedade dos atos administrativos. 8) Princípio da revocabilidade, pela Administração, dos atos administrativos. 9) Princípio da declaração de nulidade dos atos administrativos, pela Administração. 10) Princípio da modificação e resolução unilateral das relações jurídico-administrativas. 11) Princípio da legalidade. 12) Princípio da responsabilidade do Estado. 13) Princípio da

²⁷⁶ Luís Roberto Barroso, “Novos Paradigmas e categorias de interpretação constitucional”, in Bernardo Gonçalves Fernandes, *Interpretação Constitucional: reflexões sobre (a nova) hermenêutica*, Salvador: Podivm, 2010, p. 189.

²⁷⁷ Conceito publicado originalmente no artigo “Criação de Secretarias Municipais”, *Revista de Direito Público*, vo. 15, pp. 284-286, citado pelo autor em *Curso de Direito administrativo...*, p. 54.

obrigatoriedade do desempenho da atividade pública. 14) **Princípio da discricionariedade**. 15) Princípio da continuidade da atividade pública. 16) Princípio do controle administrativo. 17) Princípio da isonomia. 18) Princípio da inalienabilidade dos direitos concernentes a interesses públicos.²⁷⁸ (negrito nosso)

No *Curso de Direito Administrativo*, publicado a partir de 1993 e que se encontra na 34ª edição (2019), Celso Antônio vai modificar e “enxugar” o rol de princípios que compõem o regime jurídico-administrativo, fazendo desaparecer o “princípio da discricionariedade” e passando a identificar o então novel “princípio da proporcionalidade” na doutrina de direito administrativo brasileiro:

1º) Princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado; 2º) Princípio da legalidade; 3º) Princípio da finalidade; 4º) **Princípio da razoabilidade**; 5º) **Princípio da proporcionalidade**; 6º) Princípio da motivação; 7º) Princípio da impessoalidade; 8º) Princípio da publicidade; 9º) Princípios do devido processo legal e da ampla defesa; 10º) Princípio da moralidade administrativa; 11º) Princípio do controle judicial dos atos administrativos; 12º) Princípio da responsabilidade do Estado por atos administrativos; 13º) Princípio da boa administração; 14º) Princípio da segurança jurídica.²⁷⁹ (negrito nosso)

A constitucionalização de um rol de princípios no *caput* do Artigo 37 da Constituição (princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, este último incluído apenas em 1998, pela Emenda Constitucional nº 19) vai implicar na diminuição do rol elaborado por Celso Antônio, que além de acolher a ideia da “proporcionalidade” como princípio “implícito”, suprime todos aqueles princípios identificados com os *poderes* da Administração Pública. A modificação do rol expõe a baixa densificação quanto à definição do que seja considerado princípio, já apontada pelo próprio autor na 1ª edição de seus *Elementos de Direito Administrativo* e repetida na 28ª edição do *Curso de Direito Administrativo*, ao referir “que a doutrina — certamente absorvida na análise de outros temas relevantes — tratou *à vol d’oiseau* este importantíssimo problema da fixação dos princípios fundantes do direito administrativo.”²⁸⁰

Assim é que, por exemplo, os denominados “princípio do estabelecimento unilateral de obrigações aos particulares, Poder de Polícia e atos que traduzem ‘império’ em geral; princípio da presunção de veracidade dos atos administrativos; princípio de

²⁷⁸ Celso Antônio Bandeira de Mello, *Elementos de Direito Administrativo...* pp. 32-33.

²⁷⁹ Cf. Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, 28ª ed., São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 95-126.

²⁸⁰ *Elementos de Direito Administrativo...*, p. 32 e *Curso de Direito Administrativo...*, p. 93.

legitimidade dos atos administrativos; princípio de exigibilidade dos atos administrativos e princípio de auto-executoriedade dos atos administrativos” — os quais além de figurarem originalmente como “princípios” nos *Elementos de Direito Administrativo* também ali são descritos como expressões de “atributos típicos dos atos administrativos” —,²⁸¹ deixarão de ser considerados como “princípios” na atualização da obra pós-Constituição de 1988, sem maiores esclarecimentos sobre a causa ou consequências da mudança do *status* normativo dos conceitos que ressurgirão parcialmente modificados no *Curso de Direito Administrativo*, identificados enquanto meros “atributos dos atos administrativos”, desprovidos do qualificativo “típicos” e reduzidos à “presunção de legitimidade; imperatividade; exigibilidade e executoriedade”, uma vez que o autor convolou a “auto-executoriedade” em “executoriedade” e suprimiu a “presunção de veracidade”.²⁸²

Já Maria Sylvia Zanella Di Pietro vai utilizar a definição de “princípio” proposta por seu mestre, José Cretella Jr., para quem “princípios de uma ciência são as **proposições básicas**, fundamentais, típicas que condicionam todas as estruturações subsequentes. Princípios, neste sentido, são alicerces da ciência (*Revista de Informação Legislativa*, v. 97, p. 7, 1988)” (negrito no original).²⁸³ No seu prestigiado manual, *Direito Administrativo*, publicado em 1990 e que encontra-se já na 32ª edição, a autora lista os seguintes “princípios da Administração Pública”:

1. Legalidade. 2. Supremacia do interesse público. 3. Impessoalidade. 4. Presunção de legitimidade ou veracidade. 5. Especialidade. 6. Controle ou tutela. 7. Autotutela. 8. Hierarquia. 9. Continuidade do serviços público. 10. Publicidade. 11. Moralidade administrativa. 12. **Razoabilidade e proporcionalidade**. 13. Motivação. 14. Eficiência. 15. Segurança jurídica, proteção à confiança e boa-fé.²⁸⁴ (negrito nosso)

Veja-se que Di Pietro, além de identificar vários princípios distintos e inexistentes na descrição proposta por Celso Antônio (v.g., “presunção de legitimidade ou veracidade; especialidade; controle ou tutela; autotutela; hierarquia e continuidade do serviços público, identifica o princípio implícito da “razoabilidade e proporcionalidade” como uma só norma.

²⁸¹ *Elementos de Direito Administrativo*, pp. 51-54.

²⁸² *Curso de Direito Administrativo...*, pp. 417-422.

²⁸³ *Direito administrativo...*, p. 63. (destaques no original)

²⁸⁴ *Direito Administrativo...* “Sumário” p. xii.

Em sentido diverso de ambos os autores referidos, tanto quanto ao rol de princípios quanto ao “princípio da proporcionalidade” é a posição de José dos Santos Carvalho Filho, professor da graduação de direito administrativo na Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERG e na Universidade Estácio de Sá – UNESA e professor nos cursos de pós-graduação da Universidade Federal Fluminense – UFF e da Universidade Cândido Mendes – UCAM, autor do *Manual de Direito Administrativo*, publicado em 1997 e que já vai na 33ª edição em 2019. O autor classifica os princípios em “expressos e reconhecidos”, oferecendo o seguinte rol:

1. Princípios expressos: 1.1. Princípio da Legalidade; 1.2. Princípio da Impessoalidade; 1.3. Princípio da Moralidade; 1.4. Princípio da Publicidade; 1.5. Princípio da Eficiência.
2. Princípios Reconhecidos: 2.1. Princípio da Supremacia do Interesse Público; 2.2. Princípio da Autotutela; 2.3. Princípio da Indisponibilidade; 2.4. Princípio da Continuidade dos Serviços Públicos; 2.5. Princípio da Segurança Jurídica (Proteção à Confiança). 2.6. Princípio da Precaução.
3. **Princípio da Razoabilidade.**
4. **Princípio da Proporcionalidade.**²⁸⁵ (negrito nosso)

Afora a falta de densificação teórica quanto à conceituação do que seja a norma “princípio”, a falta de consenso mínimo quanto à generalidade da identificação e conteúdo destas normas no regime jurídico-administrativo brasileiro, destaca-se na comparação entre os três manualistas a completa dissensão quanto ao “princípio da proporcionalidade”, fundamental no controle da atividade discricionária da Administração Pública, uma vez que vai abrir à sindicabilidade do controle a necessidade e adequação dos atos administrativos.

Celso Antônio assume a posição mais conservadora, explicitando sobre o princípio da razoabilidade que este preconiza à Administração Pública que esta, ao atuar no exercício da discricionariedade, deve pautar-se por “critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas”, de modo que “existindo discricção, é ao administrador — e não ao juiz — que cabe decidir sobre qual medida seria adequada”. Já sobre o princípio da proporcionalidade, afirma que “este princípio enuncia a ideia — singela, aliás, conquanto frequentemente desconsiderada — de que as competências administrativas só podem ser *validamente* exercidas na *extensão e intensidade*

²⁸⁵ José dos Santos Carvalho Filho, *Manual de Direito Administrativo*, 33ª ed., São Paulo: Editora Atlas, 2019, pp. 19-46. O autor deixa claro que os princípios da razoabilidade e proporcionalidade são construção doutrinárias.

correspondentes ao que seja realmente demandado para cumprimento da finalidade de interesse público a que estão atreladas.”²⁸⁶

Maria Sylvia, em movimento distinto, identifica “razoabilidade” e “proporcionalidade” como um só “princípio”, entendendo que “o segundo [proporcionalidade] constitui um aspecto que está contido no primeiro [razoabilidade]”, isto porque, segundo a autora, “o princípio da razoabilidade, entre outras coisas, exige **proporcionalidade** entre os meios de que se utiliza a Administração e os fins que ela tem de alcançar” (negrito no original).²⁸⁷

José dos Santos Carvalho Filho, por seu turno, fornece a pista para entendimento da algaravia teórico-metodológica da atividade de “ponderação de princípios e da proporcionalidade” na doutrina de direito administrativo brasileiro. Para este, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, embora apresentem-se, ambos, como “instrumentos de controle dos atos estatais abusivos, seja qual for sua natureza [discrionários ou vinculados]”, têm conteúdos jurídicos diferentes. Assim, Carvalho Filho afirma que:

No processo de histórico desses postulados, porém, pode afirmar-se que o princípio da razoabilidade nasceu com **perfil hermenêutico**, voltado primeiramente para a lógica e interpretação jurídica e só agora adotado para a **ponderação de outros princípios**, ao passo que o princípio da proporcionalidade já veio a lume com direcionamento objetivo, material, visando desde logo ao **balanceamento de valores**, como a segurança, a justiça, a liberdade etc. Na verdade, “*confluem ambos, pois, ao (super) princípio da ponderação de valores e bens jurídicos, fundante do próprio Estado de Direito Democrático contemporâneo (pluralista, cooperativo, publicamente razoável e tendente ao justo)*”.²⁸⁸ (negritos nossos)

Ao final da leitura do parágrafo transcrito, fica-se sem saber a diferença de conteúdo e aplicabilidade dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade uma vez que não há saturação da argumentativa quanto aos sentidos ou significados de expressões como “*perfil hermenêutico adotado para ponderação de outros princípios*” e “*balanceamento de valores*” ou o que quer que seja o “*(super) princípio da ponderação*”. A postura “descompromissada” reflete a posição majoritária da doutrina administrativista, que parece pouco preocupada com a necessidade de clarificação e

²⁸⁶ Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo...*, pp. 108-110.

²⁸⁷ *Direito Administrativo...*, p. 81.

²⁸⁸ *Manual de Direito Administrativo...*, p. 46. (negritos nosso) Carvalho Santos cita Ricardo Azis Cretton, *Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade e sua aplicação no direito tributário* (Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 75).

densificação conceitual do que seja “princípios jurídicos de direito administrativo” ou quais os pressupostos e técnicas objetivas para a “ponderação” dos mesmos e aferição da “proporcionalidade” no controle da discricionariedade administrativa.

Esta algaravia chega ao extremo na doutrina de Juarez Freitas, professor titular do mestrado e doutorado em direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS e professor associado de direito administrativo da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRS. O autor, em monografia sobre o tema do controle dos atos administrativos com base em princípios, apresenta um “Catálogo dos princípios fundamentais regentes das relações de Administração Pública”, do qual consta os “princípios fundamentais que redesenharão, se aplicados ponderadamente, o controle sistemático das relações administrativas, no século XXI”:

1.4.1 O princípio do interesse público e a correlata subordinação das ações administrativas ao princípio da dignidade humana; 1.4.2 O princípio da proporcionalidade e a vedação de danos injustos, por excessos ou por inoperância ou omissão; 1.4.3 **O princípio da legalidade temperada**; 1.4.4 O princípio da imparcialidade ou impessoalidade; 1.4.5 O princípio da moralidade. O subprincípio da probidade administrativa; 1.4.6 O princípio da publicidade ou da máxima transparência; 1.4.7 Os princípios da confiança, da segurança das relações administrativas e do “devido processo”; 1.4.8 O princípio da motivação; 1.4.9 O princípio da sindicabilidade ampla dos atos, contratos e procedimentos administrativos, bem como das políticas públicas (controles interno, externo, social e jurisdicional); 1.4.10 O princípio da unicidade da jurisdição; 1.4.11 Os princípios da economicidade (vedação de desperdício), da eficiência (vedação de meios inapropriados), da eficácia (vedação do descumprimento dos objetivos ou metas constitucionais); 1.4.12 O princípio da legitimidade; 1.4.13 O princípio da responsabilidade da Administração Pública e dos entes prestadores de serviços públicos; 1.4.14 Princípios da prevenção e a precaução; 1.4.15 O princípio da sustentabilidade ou do desenvolvimento sustentável.²⁸⁹ (negritos nossos)

Especificamente tratando do controle jurisdicional da discricionariedade administrativa à luz da incidência do “princípio da boa administração”, Juarez de Freitas vai afirmar que:

Não se admite, sob nenhuma hipótese, uma discricionariedade distraída do direito fundamental à boa administração e de seus fins entrelaçados: equidade inclusiva, combate às falhas de mercado e de governo, sustentabilidade eficaz

²⁸⁹ Juarez Freitas, *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*, 5ª ed. rev. e ampl., São Paulo: Malheiros Editores, 2013, pp. 42-43.

do bem-estar social, ambiental e econômico das gerações presentes e futuras, bem como acentuada visibilidade das ações e motivações políticas.²⁹⁰

Deixa-se, assim, ao juízo do intérprete a identificação dos princípios e definição do seu conteúdo jurídico. A transcrição de alguns dos róis de princípios doutrinários que vinculariam a atividade discricionária da Administração Pública, alguns totalmente ausentes da tradição jurídica do direito administrativo, como a *legalidade temperada* (ou *nuançada*) ou *precaução* e a *prevenção*, a despeito de outras problematizações mais alongadas que ensejariam, quer evidenciar ao menos dois problemas da dogmática que postula controle jurisdicional extremo:

(i) Por primeiro, há que se perguntar quais são efetivamente os princípios constitucionais e respectivos conteúdos jurídicos que devem ser instrumentalizados pelo controle jurisdicional, visto que até mesmo para os princípios expressos na Constituição diversos são os nomes, respectivos enunciados e conteúdos atribuídos pela doutrina;

(ii) em segundo lugar, verifica-se que a doutrina administrativista brasileira utiliza conceitos como “ponderação de princípios”, “proporcionalidade” e “razoabilidade” na qualidade de *topois* argumentativos, ou seja, como “mero fragmento teórico, cuja recepção e aplicação refere-se a uma argumentação que pode até referir-se aos pressupostos teóricos de Robert Alexy, mas não se caracteriza efetivamente tal técnica.”²⁹¹ De fato, em nenhum manual ou monografia consultada encontrou-se a problematização ou aplicação da “fórmula do peso” proposta por Alexy para ponderação de princípios, tornando-se o discurso da doutrina, neste particular, mero apanágio para afastamento dos enunciados normativos das fontes e substituição da subsunção pela ponderação. Ressalte-se que, evidentemente, a aplicação da fórmula alexyana de ponderação de princípios não resolveria os problemas decorrentes do afastamento das regras e princípios que deferem discricionariedade administrativa,

²⁹⁰ Juarez Freitas, *Direito Fundamental à Boa Administração Pública*, 3ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2014, pp. 26-27 (publicado originalmente pela mesma editora com o título *Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública*, 2007).

²⁹¹ Paulo Eduardo Vieira de Oliveira e Nívea Andreza de Oliveira Costa, “Ponderação à brasileira: a racionalidade da decisão judicial em Robert Alexy como desafio do Estado Constitucional Democrático”, p. 29, in *Revista Jurídica Trabalho e Desenvolvimento Humano*, Campinas, v. 1, nº 1, p. 14-38, 2018.

haja vista os graves problemas teóricos contidos na proposta do jurista alemão,²⁹² todavia, dada a remissão constante da doutrina nacional ao seu pensamento, seria de se esperar que houvesse uma preocupação mais consistente na descrição e aplicação do mesmo.

Na apuração do consenso majoritário em torno da “normatividade ‘principalista’”²⁹³ no controle jurisdicional da discricionariedade administrativa no Brasil, percebe-se expectativas empolgadas por teses que apostam na superação ou reformulação do positivismo jurídico no contexto do regime jurídico-administrativo brasileiro. A amostra da produção administrativista contemporânea parece confirmar a primeira hipótese de trabalho sobre a incompatibilidade da dogmática nacional sobre o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa com o sistema jurídico-político estruturado pelos enunciados normativos da Constituição, o que nos permite afirmar que tratam-se, efetivamente, de constructos ideológicos de natureza emotiva e consequencialista,²⁹⁴ calcados em recepções inadequadas ou acríticas da doutrina neoconstitucionalista e administrativista europeias que prescrevem a revisão, nos marcos da constitucionalização de um “Estado pós-social” europeu ocidental, do paradigma da legalidade administrativa. Estes fundamentos dogmáticos assumidos pela corrente principal da doutrina administrativista nacional contribuíram para o

²⁹² Um conjunto de críticas bastante duras às teses de Robert Alexy, especialmente sobre a vinculação entre direito e moral contida no conceito de “pretensão de correção”, pode ser encontrado, *v.g.*, Eugenio Bulygin, “Sobre la Tesis de una Conexión Necesaria entre Derecho y Moral: la Crítica de Bulygin”, in Robert Alexy e Eugenio Bulygin, *La Pretensión de Corrección del Derecho: la Polémica Alexy/Buligyn sobre la Relación entre Derecho y Moral* (trad. e introd. De Paula Gaido, Bogotá: Universidad de Colombia, 2001, pp. 53-84; Eugenio Bulygin, “¿Hay vinculación necesaria entre derecho y moral?”, in Rodolfo Vázquez (comp.), *Derecho y moral. Ensayos contemporáneos*, Barcelona: ed. Gedisa, 1998, pp. 214-223.

²⁹³ Cf. Paulo Otero, *Legalidade e Administração Pública...*, pp. 164-171 (...).

²⁹⁴ A militância da doutrina brasileira por um **controle jurisdicional consequencialista** da discricionariedade administrativa é expressada, *v.g.*, nas conclusões de Phillip Gil França, em tese que se propõe “a indicar técnicas jurídicas – inclusive, processual-judiciais – para tutelar a atividade administrativa discricionária do Estado”. Veja-se a conclusão nº 13 de França: “Não se está a propor o caminho da judicialização da tarefa administrativa estatal, como se a atividade judicante tivesse maior relevância do que aquela. Defende-se a constitucionalização efetiva do exercício administrativo do Estado, a partir de uma real interpretação, inclusive, consequencialista de sua atuação. De igual maneira, propõe-se a possibilidade de chancela da legitimação do exercício administrativo estatal por meio de critérios objetivos passíveis de sindicância jurisdicional, dentre outras possíveis e fundamentais para construção e manutenção de uma verdadeira República Democrática de Direito.” Phillip Gil França, *A adequada tutela jurisdicional do ato administrativo discricionário como instrumento de promoção e realização dos objetivos fundamentais da república brasileira – fundamentos e contornos da ação direta de ilegalidade da discricionariedade administrativa de interesse nacional*, tese de doutoramento apresentada à Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012, orientador Prof. Dr. Carlos Alberto Molinaro, p. 267.

estágio final de erosão do princípio da legalidade administrativa e dos fundamentos normativos da discricionariedade administrativa.

Por fim, nesta secção, conclui-se que o descolamento doutrinário do discurso das fontes, que reclama a substituição da interpretação dos textos normativos por meio do processo lógico-subsuntivo em favor da “ponderação de princípios” de conteúdo incerto, parece fundar-se num exageramento dos problemas relativos à discricionariedade administrativa na mesma medida em que exagera-se as virtudes do Poder Judiciário para controlá-la irrestritamente, criando um arcabouço teórico utilizado pelo controle jurisdicional para capturar a atividade discricionária e torná-la refém de interpretações casuísticas, contraditórias e desprovidas de fundamento constitucional ou legal, como ver-se-á na terceira e última Seccção.

Secção III – A usurpação da legitimidade

§ 5. A revisão jurisprudencial do modelo de controle jurisdicional da discricionariedade

(i) Discricionariedade judicial *versus* discricionariedade administrativa

Distante de pretender apresentar uma arquelologia ou genealogia do controle jurisdicional da discricionariedade administrativa dissociado do princípio da legalidade, considera-se relevante identificar, ao menos, um antecedente remoto desse afastamento do discurso das fontes para demonstrar que se é verdade que as doutrinas neoconstitucionalistas e pós-positivistas vieram radicalizar este fenômeno no Brasil pós-1988, não é verdade que elas tenham inovado nesta matéria no âmbito do direito administrativo.

As origens remotas da indeterminação do princípio da legalidade e da inovação do direito pelo costume jurisprudencial pode ser identificada (como quase tudo no direito administrativo) na jurisprudência do *Conseil d'Etat*. No processo conhecido como *Arrêt Dame Lamotte* o tribunal administrativo francês considerou, em decisão datada de 17 de fevereiro de 1950, “que existe um princípio geral de direito segundo o qual qualquer decisão administrativa pode ser objeto, mesmo sem texto, de um recurso por excesso de poder”. Na oportunidade, os juízes entenderam que a fórmula legal que enunciava textualmente ser a decisão administrativa “insuscetível de qualquer recurso”, não deveria ser interpretada para excluir recursos por abuso de poder.²⁹⁵ Para Michel Tropper, o *Arrêt Lamotte* é exemplo clássico de uma interpretação *contra legem*, ou seja, contra o verdadeiro sentido da lei, a comprovar que “interpretar é indicar o significado de uma coisa ou é determinar o significado desta coisa”, sendo que na primeira definição “a interpretação é uma função do conhecimento, a segunda, de que ela é uma função da vontade.”²⁹⁶

A interpretação como função da vontade dos juízes tem sido uma prática habitual no controle jurisdicional da discricionariedade administrativa no Brasil pós-1988. Por isso, contemporaneamente faz mais sentido falar em “erosão da legalidade”

²⁹⁵ Cf. Referências: *Conseil d'Etat statuant au contentieux*, n° 86949, *Assemblée*: M. Cassin, *président*; M. Desprès, *rapporteur*; M. Delvolvé, *commissaire du gouvernement*.

²⁹⁶ Michel Troper, “Uma teoria realista da interpretação” (trad. por Valeschka e Silva Braga), p. 281, in *Revista Opinião Jurídica*, vol. 4, n° 8, Fortaleza, 2006, pp. 280-300.

pela atuação discricionária jurisdicional que pela atuação administrativa, em que pese encontrar-se na doutrina administrativista nacional o uso de referências estrangeiras sobre a “erosão da legalidade” — relacionadas ao poder discricionário da Administração Pública ou do Poder Legislativo — descontextualizadas da realidade normativa e político-institucional em que originalmente o termo foi concebido para tentar descrever ou justificar a amplitude e intensidade do controle jurisdicional.²⁹⁷

A casuística jurisprudencial vai revelar que tanto o Supremo Tribunal Federal – STF, quanto o Superior Tribunal de Justiça – STJ, respectivamente responsáveis pelo controle da constitucionalidade e da legalidade em última instância, atuam com evidente (e incontrolável) discricionariedade no controle da Administração Pública. Os órgãos de cúpula do Poder Judiciário não têm uma posição definida e unificada quanto ao controle do mérito do ato administrativo, vale dizer, do elemento do ato administrativo revestido de discricionariedade por excelência. STF e STJ mantêm concomitantemente várias posições sobre o tema, variando ao sabor do caso concreto, do ministro ou do órgão do tribunal responsável pelo processo.

A constatação de que a jurisprudência sobre o conteúdo jurídico e os limites do controle jurisdicional da discricionariedade administrativa tornaram-se bastante variáveis no Brasil pós-1988 é de um autor insuspeito, uma vez que defensor do controle jurisdicional *extremo*. Phillip Gil França,²⁹⁸ após analisar casos julgados sobre o controle dos atos administrativos discricionários pelo STF e STJ, constatou “cinco situações estabelecidas sobre o controle do ato administrativo”, observando que “um mesmo julgador se encontra em diversos posicionamentos sobre o mérito administrativo.”²⁹⁹ Foram identificadas pelo autor situações divergentes e, ao mesmo tempo, consolidadas, na quais os tribunais: i) não aceitaram o controle do mérito administrativo; ii) restringiram o controle do mérito administrativo à legalidade; iii) efetuaram o controle do mérito de maneira indireta, sem assumir expressamente que

²⁹⁷ Apropriando-se do termo “erosão da legalidade” no sentido que lhe é emprestado por Paulo Otero *Legalidade e Administração Pública...*, cf. Luis Henrique Madalena, *Discricionariedade Administrativa e Hermenêutica*, Salvador: Editora JusPodivm, 2016, pp. 113-114; Gustavo Binenbojm, “A Constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: Um Inventário de Avanços e Retrocessos”, *passim*, in *A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil...* pp. 499-545.

²⁹⁸ Autor da já citada tese de doutoramento *A adequada tutela jurisdicional do ato administrativo discricionário como instrumento de promoção e realização dos objetivos fundamentais da república brasileira...*

²⁹⁹ Gil Phillip França, *Controle da Administração Pública: combate à corrupção, discricionariedade administrativa e regulação econômica*, 4ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Editora Saraiva, 2016, p. 175.

o realizaram; iv) aceitaram o controle ordinário e extraordinário do mérito; v) afastaram o controle do mérito apenas por razões processuais relativas ao meio processual eleito para exercício da pretensão jurisdicional.³⁰⁰

Além das diversas posições sobre o controle do mérito administrativo, um outro problema que acentua a discricionariedade judicial é a arbitrariedade do STF na “ponderação” ou “sopesamento” *in concreto* do “princípios” escolhidos aleatoriamente pelos juízes com apoio numa dogmática inconsistente e pouco esclarecedora sobre a distinção entre princípios jurídicos, valores, bens e interesses juridicamente tutelados ou mesmo sobre a aplicação de métodos de ponderação ou sopesamento de princípios. Como demonstrou Fausto Santos de Moraes em alentada tese de doutoramento, ao investigar a jurisprudência do STF no período de 07/07/2002 até 07/07/2012, utilizando-se da ferramenta de pesquisa de jurisprudência do próprio sítio tribunal e alimentando-a com a expressão “princípio da proporcionalidade”, obteve-se como resultado 189 decisões que referem-se à proposta teórica do jurista alemão Robert Alexy, contudo, a partir da revisão e análise bibliográfica deste autor, bem como das decisões do STF, “identificou-se que o STF se vale apenas da vulgata do pensamento do jurista alemão, valendo-se do princípio da proporcionalidade numa condição *sui generis*.”³⁰¹ Dentre as conclusões de Santos de Moraes, figuram a identificação de traços característicos da jurisprudência do STF que vão impactar diretamente no controle jurisdicional da discricionariedade:

a) “a inexistência de qualquer critério intersubjetivo que indique a noção de princípio jurídico sopesado ou que permita compreender a origem e escolha de tais princípios. (...) Não poderia o intérprete escolher os princípios a serem sopesados devendo, no mínimo, com vista às exigências da tradição jurídica, considerá-los na sua decisão; b) ignorar a tradição jurídica e escolher indiscriminadamente os princípios – bens, valores, Direitos Fundamentais (sic) – a serem sopesados (...); c) problema também se vê na fundamentação (argumentação) da decisão na grande parte dos casos em que o princípio da proporcionalidade é trazido à colação sem maiores explicações da origem dos princípios sopesados e daquilo que foi considerado no sopesamento entre eles. Impera no STF, diante disso, o princípio da proporcionalidade como *enunciado performático* que acaba escondendo os motivos da decisão na consciência do intérprete; (...) d) **a dogmática jurídica brasileira contribui ao uso indiscriminado do princípio da proporcionalidade e sopesamento pelo**

³⁰⁰ Gil Phillip França, *Controle da Administração Pública...*, pp. 175-176.

³⁰¹ Fausto Santos de Moraes, *Hermenêutica e pretensão de correção: uma revisão crítica da aplicação do princípio da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal*, São Leopoldo: UNISINOS, 2013, tese de doutoramento, Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Programa de Pós-Graduação em Direito, orientador Prof. Dr. Lenio Luiz Streck. (negrito nosso)

STF e outros tribunais brasileiros. Falta à dogmática, por exemplo, a própria discussão da consolidação do princípio da proporcionalidade para além de um método de sopesamento de princípios jurídicos.³⁰² (negrito nosso)

Como se vê, a conclusão do autor indicada na alínea *d*), com base na apuração da jurisprudência do STF, parece confirmar a hipótese inicial da presente investigação sobre a relevância do trabalho da doutrina para conferir legitimidade decisória ao Poder Judiciário no controle da discricionariedade administrativa. A mesma inadequação da recepção doutrinária da teoria alexyana sobre “sopesamento” ou “ponderação de princípios” e o uso da “proporcionalidade” no controle dos atos administrativos é encontrada na jurisprudência do STF, onde há, segundo demonstrou a pesquisa de Santos de Moraes, “uma concepção *sui generis* do princípio da proporcionalidade, o que resulta em ambiguidades e arbitrariedades sob o véu da legitimidade ponderativa.”³⁰³

As ambiguidades quanto os limites e a intensidade do controle do mérito do ato administrativo e quanto aos critérios de “ponderação” utilizados no controle criam uma situação de incerteza e insegurança jurídica tão grave que, conforme observou Lenio Luiz Streck, “é de se admirar que nesta quadra histórica parcela significativa da teoria jurídica ainda não se deu conta dos problemas advindos da discricionariedade judicial, sejam estes decorrentes da fragilidade filosófica que lhe sustenta ou das incompatibilidades (práticas) em ambientes democráticos.”³⁰⁴

- (ii) Casos julgados: o ambíguo e errático controle do mérito pelo Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça

Vejam-se as diferentes situações em que os tribunais de última instância de controle da constitucionalidade (STF) e legalidade (STJ) trataram do tema do mérito administrativo:

1) situações em que os tribunais não aceitaram controle do mérito

³⁰² Fausto Santos de Moraes, *Hermenêutica e pretensão de correção...*, pp. 298-299.

³⁰³ Idem, *Ponderação e Arbitrariedade: A inadequada recepção de Alexy pelo STF*, 2ª ed. rev. e atual., Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 15.

³⁰⁴ “A crítica hermenêutica do direito e a questão da discricionariedade judicial”, p. 41, in *A discricionariedade nos sistemas jurídicos contemporâneos*, Lenio Luiz Streck (org.), Salvador: Editora JusPodivm, 2017, pp. 41-61.

“(…) 3. A concessão de isenção é ato discricionário, por meio do qual o Poder Executivo, fundado em juízo de conveniência e oportunidade, implementa suas políticas fiscais e econômicas e, portanto, a análise de seu mérito escapa ao controle do Poder Judiciário. Precedentes: RE 149.659 e AI 138.344-AgR. 4. Não é possível ao Poder Judiciário estender isenção a contribuintes não contemplados pela lei, a título de isonomia (RE 159.026). 5. Recurso extraordinário não conhecido” (STF, Recurso Extraordinário 344.331/PR, rel. Min. Ellen Gracie, julgamento 11.02.2003) [destaques nossos].

“(…) 3. A concessão do benefício da isenção fiscal é ato discricionário, fundado em juízo de conveniência e oportunidade do Poder Executivo, cujo controle é vedado ao Judiciário. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento” (STF, Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 480.107/PR, rel. Min. Eros Grau, julgamento 03.03.2009) [destaques nossos].

“1. Este Superior Tribunal de Justiça tem entendimento pacificado no sentido de que, nos casos de licenciamento *ex officio* de militar não estável, a bem da disciplina, não é necessária a instauração de processo administrativo, bastando a cientificação do militar para que exerça o seu direito de defesa. 2. É inviável a incursão pelo Poder Judiciário sobre o mérito administrativo. 3. Recurso ordinário improvido” (STJ, Recurso em Mandado de Segurança 16.946/PE 2003/0149.177-7, 6.^a T, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgamento 28.04.2009) [destaques nossos].

“1. A atuação do Poder Judiciário no controle dos atos administrativos limita-se aos aspectos da legalidade e moralidade, obstaculizado o adentrar do âmbito do mérito administrativo, da sua conveniência e oportunidade. 2. Se o Tribunal a quo, com base na análise do acervo probatório produzido nos autos, reconheceu que a remoção do servidor ocorreu como represália, com desvio de finalidade, infirmar tal entendimento ensejaria o reexame de provas, o que encontra óbice no verbete da Súmula 7 deste Tribunal. Recurso não conhecido” (STJ, Recurso Especial 616.771/CE 2003/0222.386-4, 5.^a T., rel. Min. Felix Fischer, julgamento 19.05.2005) [destaques nossos].

“1. O ato de redistribuição de servidor público é instrumento de política de pessoal da Administração, que deve ser realizada no estrito interesse do serviço, levando em conta a conveniência e oportunidade da transferência do servidor para as novas atividades. 2. O controle judicial dos atos administrativos discricionários deve-se limitar ao exame de sua legalidade, eximindo-se o Judiciário de adentrar na análise de mérito do ato impugnado. Precedentes. Segurança denegada” (STJ, Mandado de Segurança 12.629/DF 2007/0029.109-0, 3.^a Seção, rel. Ministro Felix Fischer, julgamento 22.08.2007) [destaques nossos].

2) situações em que os tribunais limitaram o controle do mérito à legalidade

“Expulsão. Estrangeiro condenado por tráfico de entorpecentes. Filha brasileira. Reconhecimento ulterior à expedição do Decreto de expulsão. Inexistência, ademais, dos requisitos simultâneos da guarda e da dependência econômica. Não ocorrência de causa impeditiva. HC denegado. Interpretação do art. 75, caput, II, b, e § 1.^o, da Lei 6.815/80. (...) Decreto presidencial. Existência de causa legal. Conveniência e oportunidade. Ato discricionário do Presidente da República. Sujeição a controle jurisdicional exclusivo da legalidade e

constitucionalidade. É discricionário do Presidente da República, que lhe avalia a conveniência e oportunidade, o ato de expulsão, o qual, devendo ter causa legal, só está sujeito a controle jurisdicional da legalidade e constitucionalidade” (STF, Habeas Corpus 82.893/SP, rel. Min. Cezar Peluso, julgamento 17.12.2004) [destaques nossos].

“1. Inexiste discricionariedade (juízo de conveniência e oportunidade) no ato administrativo que impõe sanção disciplinar, razão pela qual o controle jurisdicional, nesses casos, é amplo e não se limita a aspectos formais. 2. Na hipótese dos autos, a aplicação da pena de demissão ao recorrente não se revela desproporcional ou inadequada, porquanto aplicada após regular procedimento administrativo, em que restaram comprovadas irregularidades de natureza grave. Recurso ordinário desprovido” (STJ, Recurso em Mandado de Segurança 21.259/SP 2006/0026.257-4, rel. Min. Felix Fischer) [destaques nossos].

“1. A jurisprudência do STJ admite, excepcionalmente, a concessão de efeito modificativo ao julgado em embargos de declaração. 2. É sabido que em tema de controle judicial dos atos administrativos, a razoabilidade, assim como a proporcionalidade, fundadas no devido processo legal, decorrem da legalidade, por isso que podem e devem ser analisadas pelo Poder Judiciário, quando provocado a fazê-lo. 3. A pena de demissão deve ser revista pelo Poder Judiciário, quando desarrazoada e desproporcional ao fato apurado no PAD, o que ocorreu nos presentes autos. Precedentes do STJ. 4. Embargos de declaração acolhidos com efeito modificativo para conceder a ordem de segurança” (STJ, Embargos de Declaração no Mandado de Segurança 9.526/DF 2004/0012.356-8, 3.^a Seção, rel. Min. Celso Limongi, julgamento 24.06.2009,) [destaques nossos].

“1. Tendo em vista o regime jurídico disciplinar, especialmente os princípios da dignidade da pessoa humana, culpabilidade e proporcionalidade, inexiste aspecto discricionário (juízo de conveniência e oportunidade) no ato administrativo que impõe sanção disciplinar. 2. Inexistindo discricionariedade no ato disciplinar, o controle jurisdicional é amplo e não se limita a aspectos formais. 3 e 4 (...) Ordem denegada, sem prejuízo das vias ordinárias” (STJ, Mandado de Segurança 12.983/DF, 3.^a Seção, rel. Min. Felix Fischer, DJ 15.02.2008) [destaques nossos].

“1. Por força dos princípios da proporcionalidade, dignidade da pessoa humana e culpabilidade, aplicáveis ao regime jurídico disciplinar, não há juízo de discricionariedade no ato administrativo que impõe sanção a Servidor Público em razão do cometimento de infração disciplinar, de sorte que o controle jurisdicional é amplo, não se limitando, portanto, somente aos aspectos formais. Precedente” (STJ, Mandado de Segurança 13.083/DF -2007/0217.736-7, 3.^a Seção, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgamento 13.05.2009) [destaques nossos].

3) situações em que os tribunais efetuaram o controle do mérito de maneira indireta (sem assumir expressamente que o realizou)

“A exclusão de policial militar, mesmo que não estável, não prescinde da instauração de procedimento administrativo em que lhe sejam asseguradas as garantias do contraditório e da ampla defesa. Não viola o princípio da separação

dos Poderes a anulação de ato administrativo que fere as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Agravo desprovido” (STF, AI 509.213 no AgR/AL, rel. Min. Carlos Britto, j. 09.08.2005) [destaques nossos].

“1. O art. 5.º, LV, da CF ampliou o direito de defesa dos litigantes, para assegurar, em processo judicial e administrativo, aos acusados em geral, o contraditório e a ampla defesa, com os meios e os recursos a ela inerentes. Precedentes. 2. Cumpra ao Poder Judiciário, sem que tenha de apreciar necessariamente o mérito administrativo e examinar fatos e provas, exercer o controle jurisdicional do cumprimento desses princípios. 3. Recurso provido” (STF, RMS 24.823/DF, 2.ª T., rel. Min. Ellen Gracie, j. 18.04.2006, DJ 19.05.2006) [destaques nossos].

“3. Os atos discricionários legitimam espaço de liberdade para o administrador, insindicável pelo Poder Judiciário, porquanto nessas hipóteses interdita a intervenção no mérito do ato administrativo. 4. É cediço na doutrina que: ‘(...) Já se tem reiteradamente observado, com inteira procedência, que não há ato propriamente discricionário, mas apenas discricionariedade por ocasião da prática de certos atos. Isto porque nenhum ato é totalmente discricionário, dado que, conforme afirma a doutrina prevalente, será sempre vinculado com relação ao fim e à competência, pelo menos. (...) Assim como ao Judiciário compete fulminar todo o comportamento ilegítimo da Administração que apareça como frontal violação da ordem jurídica, compete-lhe, igualmente, fulminar qualquer comportamento administrativo que, a pretexto de exercer apreciação ou decisão discricionária, ultrapassar as fronteiras dela, isto é, desbordar dos limites de liberdade que lhe assistiam, violando, por tal modo, os ditames normativos que assinalam os confins da liberdade discricionária’ (Celso A. B. de Mello, Curso de Direito Administrativo, 15. ed., Malheiros, p. 395-396 e 836-837). 5. (...). 6. In casu, o Tribunal a quo decidiu em consonância com o preceito legal (art. 36, § 1.º, da Lei 8.935/94), (...) o magistrado agiu com discricionariedade, entre várias possibilidades de solução, acolheu a que melhor correspondia, no caso concreto, ao desejo da lei (fls. 103/104). 7. Recurso ordinário desprovido” (STJ, RMS 20.271/GO 2005/0105.910-7, 1.ª T., rel. Min. Luiz Fux, j. 26.05.2009, DJ 06.08.2009) [destaques nossos].

4) situação em os tribunais aceitaram o controle em qualquer caso

“(...) 2. A autoridade administrativa está autorizada a praticar atos discricionários apenas quando norma jurídica válida expressamente a ela atribuir essa livre atuação. Os atos administrativos que envolvem a aplicação de ‘conceitos indeterminados’ estão sujeitos ao exame e controle do Poder Judiciário. O controle jurisdicional pode e deve incidir sobre os elementos do ato, à luz dos princípios que regem a atuação da Administração (...). Recurso ordinário provido” (STF, Recurso em Mando de Segurança 24.699/DF, rel. Min. Eros Grau, julgamento 30.11.2004). [destaques nossos]

“1. Cabe ao Poder Judiciário verificar a regularidade dos atos normativos e de administração do Poder Público em relação às causas, aos motivos e à finalidade que os ensejam. 2. Pelo princípio da proporcionalidade, há que ser guardada correlação entre o número de cargos efetivos e em comissão, de maneira que exista estrutura para atuação do Poder Legislativo local. 3. Agravo improvido”

(STF, Agravo no Recurso Extraordinário 365.368/SC, rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento 22.05.2007) [destaques nossos].

“1. Nos termos do art. 5.º, XXXV, da Constituição Federal, ‘a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito’. Assim, o controle judicial dos atos administrativos se mostra intimamente atrelado à existência do Estado Democrático de Direito, no qual, em regra, será possível aferir a legalidade e regularidade do ato administrativo. Precedente. 2. O Poder Judiciário deverá ser provocado pelo administrado para que exerça o controle judicial de eventual ato administrativo, sendo certo que essa provocação, em face do Princípio da Segurança Jurídica, pilar do Estado de Direito, deverá ocorrer dentro de um prazo prescricional legalmente previsto (...). 5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido” (STJ, REsp 984.946/MG 2007/0212.477-1, 5.ª T., rel. Min. Laurita Vaz, j. 29.11.2007, DJ 17.12.2007, p. 343) [destaques nossos].

“1. Acarreta a nulidade do ato de exoneração a não observância do comando legal que impõe avaliações quadrimestrais mediante relatório circunstanciado. 2. Não atende a exigência de devida motivação imposta aos atos administrativos a indicação de conceitos jurídicos indeterminados, em relação aos quais a Administração limitou-se a conceituar o desempenho de servidor em estágio probatório como bom, regular ou ruim, sem, todavia, apresentar os elementos que conduziram a esse conceito. Recurso ordinário provido” (STJ, Recurso em Mandado de Segurança 19.210/RS 2004/0161.210-5, 5.ª T., rel. Min. Felix Fischer, DJ 10.04-2006). [destaques nossos]

“1. Na atualidade, a Administração Pública está submetida ao império da lei, inclusive quanto à conveniência e oportunidade do ato administrativo. 2. Comprovado tecnicamente ser imprescindível, para o meio ambiente, a realização de obras de recuperação do solo, tem o Ministério Público legitimidade para exigir-las. 3. O Poder Judiciário não mais se limita a examinar os aspectos extrínsecos da administração, pois pode analisar, ainda, as razões de conveniência e oportunidade, uma vez que essas razões devem observar critérios de moralidade e razoabilidade. 4. Outorga de tutela específica para que a Administração destine do orçamento verba própria para cumpri-la. 5. Recurso especial provido” (STJ, Recurso Especial 429.570/GO, 2.ª T., rel. Min. Eliana Calmon, julgamento 11.11.2003) [destaques nossos].

“Irregularidade do processo disciplinar. Mérito administrativo. Ocorrência de erro invencível. Possibilidade de intervenção do Judiciário. 1. No que diz respeito ao controle jurisdicional do processo administrativo disciplinar, a jurisprudência do Superior Tribunal é firme no sentido de que compete ao Poder Judiciário apreciar, à luz dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, a regularidade do procedimento sem, contudo, adentrar o mérito administrativo. Havendo, porém, erro invencível, justifica-se a intervenção do Judiciário. 2. Na hipótese, cabia à administração proceder às diligências necessárias para a descoberta da verdade quanto à participação do impetrante na gerência da empresa, e não simplesmente colocar o ônus da prova sobre o servidor, que, por meio de sua curadora, tentou demonstrar a inatividade da empresa desde a fundação. Agindo assim, a administração esquivou-se das suas funções, lançando ao servidor a incumbência de comprovar a ausência de circunstância irregular. Ao final, não ficou nada provado no processo administrativo. A não intervenção se afigura estranho comportamento. Quero, por isso, entender comigo mesmo que, em certas

situações e determinados assuntos, é lícita a intervenção judicial (é lícito ao juiz conhecer da provocação). 3. Segurança concedida em parte para se anular a demissão do impetrante, determinando-se, em consequência, a sua reintegração no cargo” (STJ, Mandado de Segurança 10.906/DF 2005/0129.244-1, rel. Min. Nilson Naves, julgamento 10.09.2008) [destaques nossos].

5) situação em que os tribunais afastaram o controle do mérito apenas em razão de inadequação de meio processual utilizado pelo interessado

1. É legítima a verificação, pelo Poder Judiciário, de regularidade do ato discricionário quanto às suas causas, motivos e finalidade. 2. A hipótese dos autos impõe o reexame de fatos e provas. Inviabilidade do recurso extraordinário. Súmula 279 do STF. Agravos regimentais aos quais se nega provimento. (STF, Agravo no Recurso Extraordinário nº 505.439/MA, rel. Min. Eros Grau, julgamento 12.08.2008) [destaques nossos]

(...) 2. Em sede de mandado de segurança é vedado ao Judiciário promover dilação probatória ou incursão no mérito administrativo. Precedentes. 3. Segurança denegada. (STJ, Mandado de Segurança nº 8.584/DF 2002/0105752-7, 3.^a Seção, rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, julgamento 24.08.2004) [destaques nossos]³⁰⁵

A casuística comprova o comportamento errático da jurisprudência do STF e do STJ no controle do mérito do ato administrativo discricionário no período pós-1988. A generalização deste comportamento é a característica principal do *controle extremo* da discricionariedade administrativa. Talvez se possa identificar como ponto de viragem ou divisor de águas definitivo do *controle amplo* ao *controle extremo* o julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 45, que versou sobre “questão pertinente à ‘reserva do possível’”, relacionada ao dever dos Municípios de atuar, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil, competências estas previstas no Art. 211, § 2º, da Constituição da República. No processo, relatado no ano de 2005 pelo ministro decano do STF, Celso de Mello, o STF decidiu que os limites do controle jurisdicional da atividade administrativa tipicamente discricionária (definição e gestão de políticas públicas) poderiam ser definidos “em bases excepcionais”:³⁰⁶

³⁰⁵ Parte dos arestos transcritos também encontram-se compilados no verbete “Controle do ato administrativo”, redigido por Phillip Gil França, in *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*, Celso Fernandes Campilongo, Álvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.), Tomo: *Direito Administrativo e Constitucional*, Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo), São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017.

³⁰⁶ O termo remete ao pressuposto do moderno *Estado de exceção*. Segundo Giorgio Agamben, na modernidade, “o estado de exceção, enquanto figura da necessidade, apresenta-se pois — ao lado da evolução e instauração de fato de um ordenamento constitucional — como medida ‘ilegal’, mas

(...) É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, "Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976", p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. **Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário**, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. (...) **Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade**, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional. **No entanto, parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social**, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais. (...) (STF, Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 45/Distrito Federal, Relator: Min. Celso de Mello decisão publicada no Diário de Justiça da União de 4.5.2004). (negritos nossos)

A decisão na ADPF 45/DF tornou-se um *leading case*. O ministro Ricardo Lewandowski, então Presidente do STF, na qualidade de orador principal (*keynote speaker*) do 3º Congresso da Conferência Mundial sobre Justiça Constitucional (tema "Justiça Constitucional e Integração Social"), realizado na cidade de Seul no ano de 2014, citou o julgado para expressar o momento exato em que o STF passa "a identificar hipóteses em que se caracterizava uma atitude de inércia ou mesmo de negligência governamental no tocante ao cumprimento de suas responsabilidades constitucionalmente estabelecidas, assentando a 'inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais'".³⁰⁷ Neste mesmo discurso, o então Presidente do STF citou a seguinte trecho da doutrina do jurista Dalmo de Abreu Dallari:

"(...) a ampliação das competências do Poder Judiciário, com o reconhecimento de seu papel político, é um fato já reconhecido no final do século vinte. (...) Agora, mais do que nunca, é indispensável que os juízes participem ativamente

perfeitamente 'jurídica e constitucional', que se concretiza na criação de novas normas (ou de uma nova ordem jurídica)." *Estado de exceção* (trad. do italiano *Stato di eccezione* por Iraci D. Poletti), 2ª ed., São Paulo: Boitempo Editorial, 2007, p. 44.

³⁰⁷ "Pronunciamento do Excelentíssimo Senhor Ministro Presidente do Supremo Tribunal Federal Ricardo Lewandowski na qualidade de Orador Principal no Terceiro Congresso da Conferência Mundial sobre Justiça Constitucional", realizada em Seul, Coreia do Sul, 30 de setembro de 2014. Fonte: Portal do STF (www.stf.jus.br).

das discussões a respeito de seu papel social e procurem, com serenidade e coragem, indicar de que modo poderão ser mais úteis à realização da justiça.”³⁰⁸

Passado menos de um lustro desde então, a citação soa como prelúdio da usurpação da legitimidade democrática pelo Poder Judiciário e da instauração da *supremocracia*.³⁰⁹

(iii) Casos julgados: ponderação e proporcionalidade no controle da atividade administrativa pelo STF

Ao Supremo Tribunal Federal a Constituição de 1988 conferiu as funções de tribunal constitucional, órgão de cúpula do Poder Judiciário e foro criminal especializado para altas da República, conformando um órgão cuja concentração de poderes não tem precedentes em qualquer país democrático. Não bastasse este plexo enorme de poderes, a progressiva ampliação do controle jurisdicional sobre a discricionariedade administrativa com base exclusiva na “ponderação de princípios” e na “proporcionalidade”, faz o tribunal avançar sobre competências instrumentais conferidas pela própria Constituição e pelas leis à Administração Pública, caracterizando a usurpação destas competências.

Utilizando-se da ferramenta de busca disponível no sítio do STF (www.stf.jus.br) em 21/04/2019, alimentando o buscador de jurisprudência com as palavras “*proporcionalidade e administrativo*”, de maneira a selecionar apenas decisões que aplicam a proporcionalidade afetas ao regime jurídico-administrativo foram encontrados 301 acórdãos na base de dados que, segundo informação do tribunal, “contém apenas decisões selecionadas” e 88 decisões da Presidência, 01 Repercussão Geral.³¹⁰ Para as palavras “*ponderação e administrativo*” foram encontrados 63 acórdãos e o mesmo número de decisões da Presidência (63). Sem realizar uma análise exaustiva no material, foram selecionadas decisões com pretensão meramente

³⁰⁸ Dalmo de Abreu Dallari, *O Poder dos Juízes*, 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007. p. 166.

³⁰⁹ Sobre o termo, cf. Oscar Vilhena Vieira, “Supremocracia”, in *Revista de Direito GV*, vol. 4, nº2, pp. 441-464, São Paulo, Jul-Dez 2008.

³¹⁰ Instituto processual pelo qual se reserva ao STF o julgamento de temas trazidos em recursos extraordinários que apresentem questões relevantes sob o aspecto econômico, político, social ou jurídico e que ultrapassem os interesses subjetivos da causa. Foi incluído no ordenamento jurídico pela Emenda Constitucional n. 45/2004 e regulamentado pelos arts. 322 a 329 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e pelos arts. 1.035 a 1.041 do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015)

ilustrativa do modelo de controle jurisdicional da discricionariedade administrativa desapegado do princípio da separação de poderes e da legalidade, que conferiu ao Poder Judiciário, nas palavras do ministro do STF Luís Roberto Barroso, o suposto papel de “representante argumentativo da sociedade” (citando Robert Alexy).³¹¹

Recolheu-se, então, algumas poucas ementas de decisões mais recentes em matéria de discricionariedade administrativa com base exclusiva na “ponderação” e na “proporcionalidade”, sendo que esta última aparece em grande parte das situações acompanhada da “razoabilidade”:

Ementa: Agravo interno no recurso extraordinário. Direito administrativo. Concurso público. Provimento derivado. Mandado de segurança. Decisão transitada em julgado. Ação Rescisória. Ponderação de Princípios. Descisão alinhada à jurisprudência do STF.

1. A decisão do Superior Tribunal de Justiça que julgou improcedente ação rescisória que visava a desconstituir decisão transitada em julgado proferida em mandado de segurança que reconheceu o direito de nomeação em cargo de Delegado de Polícia do Distrito Federal está de acordo com os princípios resguardados pela Constituição Federal. 2. Agravo interno a que se nega provimento. (STF, Agravo no Recurso Extraordinário 552145 AgR DF – Distrito Federal, Relator Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, Julgamento: 27/10/2017)

Ementa: Direito Administrativo. Agravo Interno em Recurso Extraordinário. Recurso Extraordinário contra decisão de natureza precária. Impossibilidade. Súmula 735/STF. Sigilo Bancário. Conflito aparente de Direitos Fundamentais. Ponderação. Precedentes.

1. Em Respeito ao art. 102, III, da Constituição Federal, ao Supremo Tribunal Federal cabe o julgamento, mediante recurso extraordinário, das causas decididas em única ou última instância. 2. Recurso interposto contra acórdão que confirmou decisão de deferimento de medida liminar, portanto, de natureza precária. Incidência da Súmula 735/STF. 3. Na hipótese, a quebra de sigilo foi determinada pelo Judiciário, em decisão que deferiu liminar em ação cautelar preparatória de ação civil pública de improbidade administrativa. Os direitos fundamentais estatuídos pela Constituição, quando em conflito, podem ser relativizados. De modo que o sigilo bancário, espécie de direito à privacidade, deve ser relativizado diante dos interesses público, social e da justiça. 4. Inaplicável o art. 85, § 11, do CPC/2015, uma vez que não houve fixação de honorários advocatícios. 5. Agravo interno a que se nega provimento. (Recurso Extraordinário 612687 AgR / DF - DISTRITO FEDERAL, Agravo Regimental no Recurso Extraordinário, Órgão 1ª Turma, Relator Min. Roberto Barroso, Julgamento 27/10/2017)

Ementa: Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo.

³¹¹ Cfr. “A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria”, passim, in Oscar Vilhena Vieira e Rubens Glezer (orgs.), *A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso*, pp. 25-77, Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017. (itálicos no original). Neste revelador artigo, Barroso concede que algumas decisões do STF possam ter “ultrapassado a fronteira aceitável”, porém, segundo ele, “nos poucos casos em que isso ocorreu, o próprio tribunal cuidou de remediar” (p. 65).

Administrativo. Servidor público federal. Remoção. Circunstâncias fáticas que nortearam a decisão do Tribunal a quo em prol do princípio da proteção à família. Fatos e provas. Reexame. Impossibilidade. Precedentes.

1. A Corte de origem concluiu, em razão de circunstâncias fáticas específicas, que o princípio da proteção à família deveria prevalecer em relação ao princípio da supremacia do interesse público, ante o evidente prejuízo que a não remoção acarretaria para a unidade familiar. 2. Ponderação de interesses que, in casu, não prescinde do reexame do conjunto fático-probatório da causa, o qual é inadmissível em recurso extraordinário. Incidência da Súmula nº 279/STF. 3. Agravo regimental não provido. 4. Inaplicável o art. 85, 11, do CPC, pois os agravados não apresentaram contrarrazões. (STF, Recurso Extraordinário 992000 AgR/CE – Ceará, Relator Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, Julgamento 31/03/2017)

Ementa: Agravo regimental no Recurso Extraordinário. Interposição Em 3.10.2016. Direito Administrativo. Remoção de militar. Preservação da unidade familiar.

1. Para se chegar a conclusão diversa daquela a que chegou o Tribunal de origem, quando há ponderação de interesses entre a Administração e a preservação da unidade familiar do militar, seria necessário o reexame dos fatos e provas. Incidência da Súmula 279 do STF. 2. Agravo regimental a que se nega provimento, com majoração de honorários advocatícios, com base no art. 85, § 11, do CPC, e aplicação de multa, nos termos do art. 1.021, §4º, do CPC. (STF, Recurso Extraordinário 980838 AgR / RN - Rio Grande do Norte, Relator Min. Edson Fachin, Primeira Turma, Julgamento 16/12/2016)

Ementa: Agravo regimental no recurso extraordinário. Servidor público militar. Exclusão da Corporação. Ato administrativo. Controle judicial. Possibilidade. Princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Reexame de fatos e provas. Impossibilidade. Precedentes.

1. Não viola o princípio da separação dos poderes o controle de legalidade exercido pelo Poder Judiciário sobre os atos administrativos. 2. A Corte de origem, ao analisar o conjunto fático probatório da causa, concluiu que a punição aplicada foi excessiva, restando violados os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. 3. Não se presta o recurso extraordinário ao reexame de fatos e provas da causa. Incidência da Súmula nº 279/STF. 4. Agravo regimental não provido." (STF, Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 609.184 Rio Grande do Sul/RS, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe de 26/4/2013)

Ementa: Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Constitucional e administrativo. Demissão de servidor. 1. Controle judicial de ato administrativo: inexistência de contrariedade ao princípio da separação dos poderes. 2. Controvérsia sobre observância dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade: Súmula n. 279 do supremo tribunal federal. 3. Agravo regimental ao qual se nega provimento. (STF, Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 707.292-AgR – São Paulo/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, DJe de 26/10/2012)

Ementa: Agravo regimental no recurso extraordinário. Cabe ao Poder Judiciário verificar a regularidade dos atos normativos e de administração do Poder Público em relação às causas, aos motivos e à finalidade que os ensejam. Pelo princípio da proporcionalidade, há que ser guardada correlação entre o número de cargos efetivos e em comissão, de maneira que exista estrutura para atuação do Poder Legislativo local." (Recurso Extraordinário 365.368-AgR SC – Santa

Catarina, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma julgamento em 22-5-07, DJ de 29/06/2007)

Das ementas transcritas observa-se que expressões como “ponderação de princípios”, “ponderação de valores”, “ponderação de interesses”, “ponderação de direitos fundamentais”, “razoabilidade” e “proporcionalidade” etc. fornecem fundamento ao tribunal para superar questões que desafiam, especialmente, a separação de poderes e a reserva de administração. Nas decisões, quando o tribunal não recorre à “ponderação”, socorre-se de suas súmulas e precedentes, de modo que não se nota nos casos julgados remissão expressa a dispositivos da Constituição, a não ser às normas de fixação das competências do tribunal, revelando-se um controle argumentativo e principiológico da atividade administrativa descolado do discurso das fontes.

Esta expansão incontrolável da autoridade do Supremo Tribunal Federal suscita preocupações. Já em 2008, Oscar Vilhena Vieira falava na instituição da “supremocracia” para referir-se à “autoridade adquirida pelo Supremo de governar jurisdicionalmente (*rule*) o Poder Judiciário no Brasil” [referindo-se ao advento da aprovação da Emenda Constitucional que instituiu as súmulas vinculantes]³¹² e, também, para indicar a “expansão da autoridade do Supremo em detrimento dos demais poderes.”³¹³ Dez anos mais tarde, o autor constataria que ao mesmo tempo em que o tribunal que evoluiu de uma “postura mais omissa” à “uma atitude mais responsiva”, “o Supremo também tomou decisões que poderiam ser consideradas usurpadoras³¹⁴”.

Com relação à Administração Pública, a usurpação de competências legítimas desta pelo STF e pelo Poder Judiciário como um todo é evidenciada na substituição da discricionariedade administrativa pela discricionariedade judicial no planejamento, gestão e execução das políticas públicas. A questão que se coloca não é se pode ou não haver controle judicial das políticas públicas, uma vez que a

³¹² Constituição da República: “Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.” (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

³¹³ Oscar Vilhena Vieira, “Supremocracia”, pp. 444-445, in *Revista de Direito GV*, vol. 4, nº2, pp. 441-464, São Paulo, Jul-Dez 2008.

³¹⁴ Idem, *A batalha dos poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional*, São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 179.

inafastabilidade da jurisdição é prevista constitucionalmente (art. 5º, XXXV), mas qual deve ser o conteúdo e quais os limites da decisão judicial nesta seara,³¹⁵ pois as decisões judiciais são estrita e imediatamente cumpridas (salvo quando reformadas ou cassadas por outra decisão judicial) independentemente de sua compatibilidade com as regras e princípios estabelecidos no ordenamento jurídico, sob pena de bloqueio de recursos financeiros da Administração Pública, imposição de multas processuais e instauração de processos para apuração de ato de improbidade administrativa contra os gestores.

Situação paradigmática deste controle jurisdicional extremo e descolado da legislação é verificado no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS.³¹⁶ Conforme assinalam os pesquisadores Fábio Ferreira Mazza e Áquilas Nogueira Mendes, “os juízes não observam e não consideram, muitas vezes, as políticas que envolvem o direito à saúde (...). Nota-se que, mesmo a decisão judicial sendo direcionada à concretização do direito fundamental social à saúde, ela não considera a complexidade dos critérios normativos legais e a possibilidade da execução por meio dos recursos alocados no orçamento.”³¹⁷ Esta percepção é comprovada pelo relatório de pesquisa sobre a judicialização na saúde, publicado em março de 2019 pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que aponta crescimento de aproximadamente 130% nas demandas de primeira instância relacionadas à saúde entre 2008 e 2017.³¹⁸ Diante da magnitude dos dados coligidos, o Presidente do Conselho Nacional de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, ministro Dias Toffoli, contratante da pesquisa, reconheceu que seria “melhor que não houvesse a intervenção da Justiça nesses casos.” Segundo o ministro, “quando ela [intervenção] for

³¹⁵ Sobre o controle jurisdicional das políticas públicas, cf. Maria Paula Dallari Bucci, *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*, São Paulo: Editora Saraiva, 2013, pp. 191-200; Maria Paula Dallari Bucci, “Notas para uma metodologia jurídica de análise de políticas públicas”, in *Políticas Públicas. Possibilidade e Limites*, pp. 225-260, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

³¹⁶ Instituído pelas Leis nº 8.080/1990 e nº 8.142/1990 e um dos maiores e mais complexos sistemas de saúde pública do mundo, o SUS atende desde a atenção básica e fornecimento de medicamentos até aos transplantes de órgãos e fornecimento de próteses e órteses, garantidos o acesso integral, universal e gratuito para toda a população do país.

³¹⁷ Fábio Ferreira Mazza e Áquilas Nogueira Mendes, “Decisões judiciais e orçamento: um olhar sobre a saúde pública”, *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 14, nº 3, pp. 42-65, nov. 2013/ fev. 2014, p. 53.

³¹⁸ Foram identificados pela pesquisa encomendada pelo CNJ ao INSPER 498.715 processos em 1ª instância, distribuídos entre 17 justiças estaduais e 277.411 processos de 2ª instância, distribuídos entre 15 tribunais estaduais, entre 2008 e 2017. Na 2ª instância, identificou-se um salto de 2.969 processos em 2008 para mais de 20 mil em 2017. Cf. *Judicialização da saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução*, Instituto de Ensino e Pesquisa – INSPER, Coordenadores Acadêmicos Prof. Dr. Paulo Furquim de Azevedo e Prof. Dr. Fernando Mussa Abujamra Aith, Conselho Nacional de Justiça – CNJ, Brasília-DF, 2019 (relatório disponível em www.cnj.jus.br).

necessária, tem que fazer de maneira racional. Não pode o magistrado administrar o orçamento da saúde”.³¹⁹

(iv) Casos julgados: baixa densidade e clareza normativas da Lei de Improbidade Administrativa e os atos que atentam contra princípios da Administração

Além dos prejuízos causados ao planejamento e gestão das políticas públicas, o controle extremo da atividade discricionária da Administração pelo Poder Judiciário com base exclusivamente em princípios tem impactos extremamente relevantes sobre a esfera dos direitos políticos, civis e patrimoniais dos agentes públicos titulares de competências discricionárias, todos eles, assim como os demais agentes públicos, sujeitos à Lei nº 8.429, de 2 de Junho de 1992, conhecida como “Lei de Improbidade Administrativa -LIA”, “dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências.”

A Lei nº 8.429/92 não conceitua “improbidade administrativa”, restringindo-se a descrever “categorias de improbidade” classificadas pelo legislador conforme o resultado do ato qualificado como “ato de improbidade administrativa”. Esta opção do legislador de não definir completamente o conteúdo jurídico do que venha a ser “improbidade administrativa” e adotar a técnica de descrição meramente exemplificativa de condutas que possam caracterizá-la configurou um aparato de comandos normativos abertos que permite aos intérpretes e aplicadores uma ampla discricionariedade no enquadramento das condutas *in concreto* dos agentes públicos. Neste sentido, a Lei nº 8.429/92 dá margem para ser usada como um verdadeiro “cheque em branco” a ser ou não preenchido de acordo como a conveniência e oportunidade da denúncia do Ministério Público ou do julgamento pelo Poder Judiciário, especialmente no caso do “ato de improbidade que atenta contra os princípios da Administração Pública”.

A LIA traz uma enunciação exemplificativa das categorias de atos de improbidade administrativa, apresentados da seguinte forma: a) atos de improbidade

³¹⁹ Fonte: Agência Brasil, em 18/03/2019, por Fernanda Cruz - Repórter da Agência Brasil/São Paulo.

que importam em enriquecimento ilícito do agente público (art. 9º); b) atos de improbidade que causam lesão ao erário (art. 10); c) atos de improbidade que decorrem “de concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário” (art. 10-A incluído pela Lei Complementar nº 157, de 29 de Dezembro de 2016); e, finalmente, atos de improbidade “que atentam contra os princípios da administração pública”, identificados como “qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente: (...)”.

Interessa-nos aqui tão somente as repercussões da Lei de Improbidade Administrativa relacionadas aos atos discricionários que possam atentar contra os “**princípios da Administração Pública**” (art. 11). Como o enquadramento da improbidade administrativa por violação de princípios dispensa a ocorrência de enriquecimento ilícito do agente e lesão ao erário, esta categoria é assumidamente utilizada pelo Ministério Público e pelo Poder judiciário em “caráter residual”, como uma “regra de reserva” da qual se lança mão em situações nas quais a conduta administrativa que se quer ver impugnada não tenha gerado enriquecimento ilícito ou lesão ao patrimônio público.³²⁰

A incompletude da norma relacionada à violação de princípios reproduz o estágio da doutrina administrativista e jurisprudência brasileiras quanto à densificação e clarificação normativas com respeito ao conceito e conteúdos jurídicos dos “princípios da Administração Pública”. A falta de um acordo dogmático mínimo

³²⁰ Sobre o tema, Cláudio Dutra Fontella, em tese de doutoramento sob orientação de Juarez Freitas, traz conclusões que sintetizam a convergência da doutrina e da jurisprudência majoritárias sobre amplitude da sindicabilidade jurisdicional do ato de improbidade administrativa que atenta contra princípios: “Como já foi referido, grande é a inovação trazida pelo artigo 11 da Lei n. 8.429/92 ao capitular, **de forma não-taxativa**, condutas tidas como de improbidade por violação dos princípios constitucionais da Administração Pública. O dispositivo estabeleceu, ainda, cláusula geral daquela modalidade de improbidade, juntando aos demais princípios, **também de forma não-exaustiva**, os valores da honestidade, da imparcialidade e da lealdade, aos quais podemos, sem sobressalto, agregar a boa-fé, a finalidade, a proporcionalidade etc. O artigo 11 é, indubitavelmente, o dispositivo de maior grau de abrangência, aplicando-se de forma residual relativamente às demais modalidades de improbidade. **É ele, também, o dispositivo da Lei de Improbidade que mais tem intrigado os operadores do Direito, uma vez que não traz parâmetros para a valoração das condutas tidas como de improbidade**, limitando-se a estabelecer, em linhas gerais, que a violação dos princípios da administração pública importa em ato de improbidade, dando margem à possibilidade de excessos na sua interpretação. Não será, contudo, qualquer ilegalidade equiparada à improbidade, mas aquela grave e que, de forma conjunta, macule a moralidade administrativa. **Deve, portanto, o intérprete, mediante a utilização da proporcionalidade, com norte no princípio da moralidade, verificar se o ato ilegal está revestido de desonestidade, de deslealdade, enfim, de má-fé, para apontá-lo como conduta ímproba.**” *Improbidade por violação dos Princípios da Administração: Uma abordagem sistemática do art. 11 da Lei n. 8.429/92*, Dissertação de Mestrado na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - Programa de Pós-Graduação em Direito, orientador Prof. Dr. Juarez Freitas, 2009, p. 138. (negritos nossos)

sobre quais sejam efetivamente estes princípios e como aplicá-los objetivamente nos casos concretos fica patente quando observa-se que os deveres expressamente relacionados no dispositivo do art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa, relaciona os princípios da “honestidade”, “imparcialidade” e “lealdade às instituições”, os quais sequer constam dos “cardápios” principiológicos oferecidos pelos autores consultados na investigação, apesar da Lei nº 8.429/92 ter sido promulgada há quase três décadas. Assim, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem liberdade para assentar:

(...) o art. 11 da Lei 8.429/1992 **funciona como regra de reserva**, para os casos de improbidade administrativa que não acarretam lesão ao erário nem importam em enriquecimento ilícito do agente público que a pratica (...), objetivo revelado no art. 21, quando aventa a possibilidade de se caracterizar ato de improbidade, ainda que sem a ocorrência do efetivo prejuízo (negrito nosso).³²¹

A falta de densidade e clareza normativas desta Lei que comina penas severíssimas aos agentes públicos³²² faz com que deles sejam subtraídas, pela ausência de adequada *tipicidade das condutas* e do *conteúdo jurídico dos bens tutelados*, tanto a possibilidade de evitar a conduta sancionada quanto de controlar a atuação estatal sancionatória. A esta situação aplica-se a observação de Rafael Valim quanto ao “fato de que a ocorrência de leis excessivamente fluidas, lamentavelmente comuns no Brasil, aponta para uma ‘menor valia’ democrática”, contudo, neste caso específico, a fluidez legislativa da Lei de Improbidade não beneficia a Administração como nos casos discutidos por

³²¹ Supremo Tribunal Federal – Recurso em Mandado de Segurança 32768 AGR/DF - Distrito Federal, julgamento: 22/02/2019, publicação: 06/03/2019, Órgão: 2ª Turma. Relator: Min. Edson Fachin.

³²² Lei nº 8.429/92: “Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato:

I - na hipótese do art. 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos;

II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;

III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

IV - na hipótese prevista no art. 10-A, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de 5 (cinco) a 8 (oito) anos e multa civil de até 3 (três) vezes o valor do benefício financeiro ou tributário concedido. (Incluído pela Lei Complementar nº 157, de 2016)

Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente.

Valim, mas o que se vê aqui é uma ampliação indevida de poder que constitui verdadeiro “convite” ao Ministério Público (titular da ação) e ao Poder Judiciário para que “promova[m] favoritismos e perseguições”³²³, haja vista a ausência de parâmetros legais necessários e suficientes para o controle intersubjetivo da atuação ministerial e jurisdicional.

Uma segunda questão entrelaçada e que constitui agravante da primeira é a incerteza jurisdicional criada pela dissensão dos órgãos julgadores sobre a necessidade ou não da presença do *elemento subjetivo dolo*, ou seja, a comprovação da *intenção do agente em atentar contra o princípio* para configuração da improbidade prevista no art. 11 da Lei. É que a condenação por ato que atenta contra princípios deveria ocorrer apenas na presença de dolo, uma vez que não há previsão legal da modalidade culposa para esta categoria de improbidade (observe-se que a lei prevê expressamente a modalidade culposa para os atos do art. 10, que causam lesão ao erário). A exigência do dolo afastaria a hipótese de penalização do agente público em casos de negligência, imprudência ou imperícia (culpa). No entanto, conforme ressaltam Márcio Cammarosano e Flávio Henrique Unes Pereira,

A jurisprudência pátria, especialmente a do Superior Tribunal de Justiça, consolidou, após idas e vindas, entendimento sobre ser indispensável a demonstração do dolo nas hipóteses dos artigos 9º e 11, da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429, de 2.6.1992), superando posição que defendia também a modalidade culposa nesses casos. Todavia, sob a tese do “dolo genérico”, constata-se o risco de responsabilização objetiva da conduta do agente, a revelar mal ainda maior (...).³²⁴

A jurisprudência que prevê a desnecessidade da configuração de “dolo específico” (prova de que o agente público quis o resultado) para condenação por ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da Administração Pública, exigindo apenas o chamado “dolo genérico” (o agente não precisa querer o resultado, basta a prova de querer ter praticado a conduta), caracteriza um “esvaziamento do avanço jurisprudencial sobre a indispensabilidade de conduta dolosa para as hipóteses dos artigos 9º e 11 caso se aplique a tese do dolo genérico ou dolo eventual sem a

³²³ Rafael Valim, *O princípio da segurança jurídica no direito administrativo*, São Paulo: Malheiros Editores, 2010, pp. 100-103.

³²⁴ Márcio Cammarosano e Flávio Henrique Unes Pereira, “Improbidade administrativa e a jurisprudência do STJ: o esvaziamento do dolo nos artigos 9º e 11, e a inconstitucionalidade da culpa no art. 10”, *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo – ReDAC*, Fevereiro/2014. São Paulo: Revista dos Tribunais.

devida perquirição da vontade de realizar a hipótese vedada pela norma,” isso porque, especialmente na hipótese do ato de improbidade que atenta contra princípios da Administração Pública (art. 11), impõe-se a demonstração, “mediante devida motivação, que o agente pretendeu alcançar o resultado vedado pela norma”, uma vez que dada a baixa densificação e a falta de clareza quanto ao que seja, quais sejam e como se apresentam os princípios violados no caso concreto, constitui conduta temerária concluir “de um comportamento voluntário (causa) (...) *ipso facto*, que o resultado (efeito) tenha sido também querido direta ou indiretamente pelo agente, sob pena de responsabilização objetiva em matéria de improbidade administrativa.”³²⁵

Para ilustração da jurisprudência, veja-se alguns casos julgados recentes do Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria:

Ementa: Processual Civil. Administrativo. Improbidade administrativa. Irregularidade em procedimento licitatório. Ato que atenta contra os Princípios da Administração Pública. Elemento subjetivo. Dolo genérico comprovado.

1. Na hipótese dos autos, não há falar em reexame do contexto fático-probatório, pois a *quaestio iuris* requer apenas a reavaliação de fatos incontroversos já delineados nos autos e das provas devidamente colhidas ao longo de toda a instrução probatória, bem como **a discussão, meramente jurídica, acerca da interpretação a ser dada sobre os fundamentos** apontados pelas instâncias de origem. 2. *In casu*, nota-se que efetivamente **houve dolo, ao menos genérico**, no sentido de frustrar procedimento licitatório (...). 3. A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, nos autos do REsp 951.389/SC, firmou jurisprudência no sentido de que, **para a configuração do ato de improbidade que atenta contra os princípios** da Administração Pública (Art. 11 da LIA), **faz-se necessária a análise do elemento volitivo, consubstanciado pelo dolo, ao menos genérico**, de agir no intuito **de infringir os princípios regentes da Administração Pública**. 4. Dessarte, verificada a presença de dolo genérico no caso dos autos, mister sejam restabelecidas as sanções impostas em sentença aos recorridos Solismar Costa e Tânia Mara Gnoatto & Cia. LTDA. 5. Recurso Especial parcialmente provido. (Recurso Especial 1708170 / PR – Paraná, Processo 2017/0287675-8, Órgão 2ª Turma, Julgamento, 12/02/2019, publicação DJe 12/03/2019, Relator Ministro Herman Benjamin - negritos nossos)

Ementa: Administrativo. Improbidade Administrativa. Secretário Municipal. Fracionamento irregular do objeto licitatório. Elemento subjetivo. Dolo genérico. comprovado. Revisão das penalidades. Impossibilidade.

1. A Primeira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, nos autos do REsp 951.389/SC, firmou jurisprudência no sentido de que, **para a configuração do ato de improbidade que atenta contra os princípios** da Administração Pública, **faz-se necessária a análise do elemento volitivo, consubstanciado pelo dolo, ao menos genérico**, de agir no intuito **de infringir os princípios regentes da Administração Pública**. 2. (...) 3. Diante desse contexto, verifica-se

³²⁵ Márcio Cammarosano e Flávio Henrique Unes Pereira, “Improbidade administrativa e a jurisprudência do STJ...”

que restou claramente demonstrado o dolo, ao menos genérico, no fracionamento irregular do objeto licitatório, o que é suficiente para configurar o ato de improbidade de que trata o art. 11 da Lei nº 8.429/92.4. (...) 5. A jurisprudência deste Tribunal é uníssona no sentido de que **a revisão das penalidades aplicadas em ações de improbidade administrativa somente se faz possível em hipóteses excepcionais**, nas quais, da leitura do acórdão recorrido, exsurge a desproporcionalidade manifesta entre o ato praticado e as sanções aplicadas, o que não é o caso vertente. 6. Agravo interno a que se nega provimento. (Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial 754498/RS – Rio Grande do Sul, Processo 2015/0187918-0, Órgão 1ª Turma, Julgamento 26/06/2018, publicação DJe 02/08/2018, Relator Ministro Sérgio Kukina)

Ementa: Administrativo. Improbidade Administrativa. Agravo Interno no Recurso Especial. Elemento subjetivo do ato ímprobo. Dolo genérico. Culpa Grave. Acórdão de origem que afronta a jurisprudência desta Corte. Demonstração de que houve má-fé. Desnecessidade.

1. A jurisprudência do STJ considera indispensável, para a caracterização de improbidade, que a conduta do agente seja dolosa, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/1992, ou pelo menos eivada de culpa grave, nas do artigo 10. Precedente: EREsp 479.812/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, 1ª Seção, DJe 27/09/2010. 2. A condenação pela prática de ato administrativa que cause lesão ao erário depende apenas da comprovação da existência ação ou omissão do agente público capaz de causar, ainda que involuntariamente, resultado que danoso ao patrimônio público, o qual poderia ter sido evitado caso tivesse empregado a diligência devida pelo seu dever de ofício. 3. Por outro lado, no tocante à controvérsia em torno do elemento anímico e motivador da conduta do agente para **a prática de ato de improbidade que afronta os princípios da Administração Pública**, este Tribunal tem reiteradamente se manifestado no sentido de que **"o elemento subjetivo, necessário à configuração de improbidade administrativa censurada nos termos do art. 11 da Lei 8.429/1992, é o dolo genérico** de realizar conduta que atente **contra os princípios** da Administração Pública, não se exigindo a presença de dolo específico" (REsp 951.389/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, 1ª Seção, DJe 4/5/2011). 4. **A interpretação conferida pela Corte a qual afronta diretamente os precedentes jurisprudenciais deste Superior Tribunal de Justiça**, na medida em que não analisa a atuação dos agentes públicos à luz da existência, ou não, dos elementos subjetivos necessários à condenação pela prática de ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário - culpa - e que **atenta contra os princípios** da Administração Pública - **dolo genérico**. 5. **Pretender vincular a consecução do ato de improbidade que viola os princípios da Administração à comprovação de que o agente atuou com má-fé afigura-se, em verdade, artifício para introduzir ao tipo ímprobo a figura do dolo específico**, providência que não encontra amparo na interpretação conferida pelo Superior Tribunal de Justiça. Tampouco se pode relacioná-la como requisito à configuração do ato ímprobo que causa dano ao erário, uma vez que, para tanto, basta a comprovação de que o agente atuou com culpa grave. 6. Agravo interno improvido. (Agravo Interno no Recurso Especial 1518920/PE – Pernambuco, Processo 2015/0050401-0, Órgão 1ª Turma, julgamento 22/05/2018, publicação DJe 01/06/2018, Relator Ministro Sérgio Kukina)

Ementa: Processual Civil e Administrativo. Improbidade administrativa. Agravo Interno no Recurso Especial. Aplicação irregular de verba pública. Ato ímprobo

configurado. Violação dos princípios da Administração Pública. Elemento Subjetivo. Dispensa enriquecimento ilícito ou lesão ao erário. Revisão. Impossibilidade. Súmula 7/STJ. Revisão da multa civil aplicada. Possibilidade. Inobservância dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

1. "O elemento subjetivo, necessário à configuração de improbidade administrativa censurada nos termos do art. 11 da Lei 8.429/1992, é o dolo genérico de realizar conduta que atente contra os princípios da Administração Pública, não se exigindo a presença de dolo específico" (REsp 951.389/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, 1ª Seção, DJe 4/5/2011). 2. O entendimento consolidado pela 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça assevera que a configuração dos atos de improbidade administrativa descritos no art. 11 da Lei nº 8.429/1992 dispensam a demonstração da ocorrência de dano para a Administração Pública ou enriquecimento ilícito do agente. 3. Rever o entendimento do acórdão recorrido, no sentido de que "o apelante na qualidade de gestor do Município de Peixe Boi, no ano de 2007, violou os princípios da legalidade, moralidade, incorrendo na conduta do art. 11 da Lei 8.429/92, caracterizando atos de improbidade administrativa" (fl. 597) ensejaria o reexame do conjunto fático-probatório da demanda, providência vedada em sede de recurso especial ante a Súmula 7/STJ. 4. Desatendidos os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, é possível a revisão das sanções aplicadas em sede de improbidade administrativa, na via do recurso especial. 5. No caso dos autos, apresenta-se excessiva a multa civil no importe de 20 remunerações percebidas pelo requerido enquanto prefeito municipal. 6. Agravo interno parcialmente provido para dar parcial provimento ao Recurso Especial, reduzindo-se a multa civil para o valor de 5 vezes a remuneração percebida, na condição de prefeito municipal, pelo ora agravante no ano 2007. (Agravo Interno no Recurso Especial 1680189/PA - Pará, Processo 2017/0147522-9, órgão 1ª Turma, Julgamento 04/10/2018, Publicação DJe 19/12/2018, Relator Ministro Benedito Gonçalves)

Ementa: Administrativo e Processual Civil. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial. Ação Civil Pública. Improbidade administrativa. Fracionamento de compras. Burla à Lei De Licitações. art. 11 da Lei 8.429/1992. Configuração do dolo genérico. **Prescindibilidade de dano ao erário.** Cominação das sanções. Art. 12 da LIA. **Princípios da razoabilidade e proporcionalidade.** Súmula 7/STJ. 1. A caracterização do ato de **improbidade** por ofensa a **princípios** da administração pública exige a demonstração do dolo *lato sensu* ou genérico. Precedentes. 2. **O ilícito previsto no art. 11 da Lei 8.249/1992 dispensa a prova de dano, segundo a jurisprudência desta Corte.** 3. Modificar o quantitativo da sanção aplicada pela instância de origem enseja reapreciação dos fatos e da prova, obstado nesta instância especial (Súmula 7/STJ). 4. Agravo interno não provido. (Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial 1184699/RJ - Rio de Janeiro, Processo 2017/0225657-7, Órgão 1ª Turma, Julgamento 20/09/2018, Publicação DJe 27/09/2018, Relator Ministro Benedito Gonçalves)

A falta de boa técnica legislativa na redação dos enunciados da Lei 8.429/1992, que redundou na tipificação exemplificativa dos atos de improbidade e no ilimitado espectro de incidência das disposições do art. 11 da Lei, configurou um quadro de inaceitável discricionariedade ministerial e jurisdicional na apuração das condutas *in concreto* dos agentes da Administração Pública. A banalização do manejo

da Lei de Improbidade pelo Ministério Público, com a cumplicidade do Poder Judiciário, proporciona meios para enquadramento de condutas que caracterizam meras falhas administrativas ou má gestão de agentes públicos probos, desprovidos de má-fé, que não se locupletam ilicitamente e tampouco causam danos ao erário.

O “esvaziamento” do dolo para atingir até mesmo condutas culposas que não causam enriquecimento ilícito ou lesão ao erário, caracterizado pela desnecessidade da comprovação da intenção do agente público em obter o resultado considerado atentatório aos princípios da Administração Pública, expõe especialmente os titulares de competências discricionárias à permanente insegurança jurídica pela possibilidade de persecução judicial de seus atos sem previsão legal expressa, ficando todos à mercê da interpretação e da construção legal *ad hoc* dos órgãos do Ministério Público e do Poder Judiciário com fundamento exclusivo em constructos ideológicos e pragmáticos não amparados pelo ordenamento jurídico-positivo.

Síntese conclusiva

1. A investigação buscou desenvolver-se no campo do positivismo científico, fundado sobre as teses de que todo “direito” é direito positivo (monismo) e de que a ciência jurídica deve descrever o direito e não o avaliar como justo ou injusto, tarefa deixada à política ou à moral (separação absoluta). O “direito positivo”, por sua vez, é percebido tanto como o conjunto dos textos normativos quanto o conjunto das normas efetivamente aplicadas, resultantes da interpretação e da construção jurídica realizadas pela doutrina e jurisprudência, consubstanciando-se, portanto, no conjunto de prescrições do “discurso das fontes” (concepção semântica) e no conjunto de prescrições do “discurso dos intérpretes” (concepção pragmática). Este aporte teórico-metodológico da “escola genovesa” do realismo jurídico permitiu o enquadramento do objeto da investigação no âmbito da ciência jurídica.

2. A investigação assumiu para si os pressupostos metaéticos não-cognitivistas segundo os quais *a)* é impossível o conhecimento e comunicação objetivas de uma suposta “realidade moral”, e *b)* as proposições ou comportamentos ético-morais não são questões de fato, mas de valor, por isso não podem ser objeto de aferição sobre sua verdade ou falsidade, possuindo aptidão tão somente para expressão de sentimentos de aprovação ou desaprovação do emissor para influenciar ou determinar a conduta alheia. Assim, concluiu-se que o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa totalmente desconectado dos enunciados das fontes e baseado exclusivamente *a)* na “ponderação ou sopesamento de princípios”, expressos ou implícitos, identificados subjetivamente pelo aplicador, sem conteúdos jurídicos claros e objetivamente pré-estabelecidos, e *b)* na retórica discursiva da “razoabilidade” e “proporcionalidade” aplicadas de maneira ambígua e errática para a ponderação de “princípios”, “valores”, “bens” e “interesses” nos casos concretos, não traduz uma atividade balizada pelo direito, senão um desvirtuamento deste pela adoção de critérios ideológicos para sua aplicação.

3. O controle jurisdicional da discricionariedade administrativa foi tomado como um fenômeno social que possui um caráter *prático*, como fenômeno político; um caráter *histórico*, como fenômeno historicamente determinado e mutável; e um caráter

linguístico, pois o direito é eminentemente um fenômeno da linguagem e, como tal, consistente em discursos inevitavelmente indeterminados. Este caráter multifacetado do fenômeno jurídico fica evidenciado pela identificação das diferentes fases da doutrina e jurisprudência nacional sobre controle jurisdicional da discricionariedade no Brasil a partir da sua contextualização sócio-histórica.

4. A configuração jurídico-constitucional e político-institucional brasileira é um constructo de natureza híbrida, conformada por uma Constituição rígida, avessa ao sistema de *common law*, que preconiza a separação e independência de poderes inspiradas no modelo francês e, ao mesmo tempo, adota *checks and balances* e a *judicial review* do modelo estadunidense, admitindo a jurisprudência como fonte formal do direito positivo. Estas características robustecem o papel desempenhado pelo discurso dos intérpretes, especialmente na seara do direito administrativo, cuja origem é puramente doutrinária e jurisprudencial.

5. A colonialidade na doutrina de direito administrativo brasileiro apresenta duas características: (i) a transposição mecânica e a aplicação distorcida do modelo jurídico-político liberal de matriz europeia para um país absolutista e escravagista; (ii) teses baseadas exclusivamente em dogmas e axiomas do direito administrativo continental-europeu recebidos acriticamente. Esta produção teórica que se traduz na mera assimilação e transposição de conceitos e análises que foram elaborados para descrever outras realidades para a realidade local, resultam em constructos que não atendem, sequer, às exigências de objetividade e veracidade preconizadas pela ciência que se pretende reproduzir. A doutrina sobre o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa, descolada dos enunciados das fontes e sob a influência especialmente da doutrina francesa, alternou teses autoritárias (Estado de polícia), conservadoras (*controle restrito*), modernizantes (*controle amplo*) e revolucionárias (*controle extremo*).

6. O processo de erosão da legalidade administrativa, no contexto do objeto da pesquisa, é entendido como a progressiva indeterminação do princípio da legalidade, que passou de uma concepção original e mais restritiva, significando a vinculação da Administração Pública à lei aprovada pelo Parlamento, às teses do “bloco da

legalidade” até sua identificação enquanto “juridicidade”, ou seja, uma vinculação difusa da Administração Pública ao direito resultante da interpretação e aplicação de normas constitucionais, independentemente de mediação da lei, pela ponderação de princípios jurídicos, valores, bens e interesses identificados *in concreto* pelo órgão de controle jurisdicional.

7. No Brasil, a doutrina passa ter papel relevante na modelagem do controle jurisdicional da discricionariedade administrativa a partir de 1941, com a publicação de *O Contrôlo dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, primeira monografia que aprofunda e sistematiza o estudo sobre o tema, de autoria de Miguel Seabra Fagundes. Em 1948, já na condição de desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, Seabra Fagundes viria aplicar as teses da doutrina francesa do abuso de poder ou desvio de finalidade para anular decisão administrativa reconhecidamente discricionária, transformando o julgamento da *Apelação Cível nº 1.422* em *leading case* do controle jurisdicional do ato administrativo discricionário.

8. A partir da superação do “Estado de polícia”, a doutrina e jurisprudência do controle da discricionariedade administrativa por abuso de poder começa a impor uma vertente teórica garantística que pode ser classificada em três fases: *i)* a doutrina do *controle restrito*, que não admitirá a sindicabilidade do *mérito* administrativo, identificado como *terreno da gestão política* resguardado pelo princípio da separação de poderes; *ii)* a doutrina do *controle amplo*, iniciada na década de 1980, sob a decadência dos governos militares, caracterizada por um deslocamento do tema da discricionariedade administrativa para o campo da interpretação dos conceitos indeterminados e pela admissão da sindicabilidade do motivo e finalidade do ato discricionário, resguardando-se (ainda que apenas retoricamente) uma esfera de decisão insuscetível de controle jurisdicional em face da separação de poderes; *iii)* a doutrina do *controle extremo*, iniciada na vigência da Constituição de 1988, que confinará a discricionariedade administrativa integralmente no campo da hermenêutica jurídica, substituindo-se pelo controle jurisdicional até mesmo a discricionariedade ontológica, entendida como a resultante de comandos normativos positivos. A usurpação da decisão administrativa pela jurisdicional dar-se-á, especialmente, pelo abandono do clássico método de “subsunção” do fato à lei, substituído pela “ponderação” que afere

a conformidade da conduta administrativa aos princípios constitucionais, valores, bens, interesses e direitos fundamentais identificáveis pela jurisdição nos casos concretos.

9. Não obstante prescrever o *controle extremo* da atividade administrativa discricionária com base em princípios, a doutrina brasileira contemporânea não revela interesse ou preocupação com a densificação teórica e problematização do conceito, significado e conteúdo jurídico dos “princípios”, tampouco é possível distingui-los, nesta doutrina, de valores, bens e interesses juridicamente protegidos. Verifica-se, ainda, que não há preocupação em se estabelecer um consenso dogmático mínimo sobre a identificação dos princípios vinculantes da atuação administrativa e critérios para justificação da derrotabilidade de determinados princípios constitucionais e regras diante do caso concreto, sendo certo que cada autor ou juiz tem liberdade criativa nesta matéria (*pan-principiologismo*). Além disso, não há saturação argumentativa sobre o que vem ser e como são aplicadas *in concreto* as propaladas técnicas de “ponderação” ou “sopesamento” de princípios, valores, bens, interesses e direitos fundamentais.

10. A jurisprudência dos tribunais de cúpula do Poder Judiciário, Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, tratam do controle da discricionariedade administrativa de maneira ambígua e errática. A pesquisa dos casos julgados revela que estes tribunais mantêm diferentes posições sobre o controle do mérito do ato administrativo, variando conforme o caso concreto, o órgão competente e o ministro responsável pelo processo. Há, pelo menos, cinco posições distintas que vão desde a não admissibilidade do controle do mérito administrativo até a admissão do controle em “bases excepcionais”, contribuindo este procedimento para uma verdadeira substituição da discricionariedade administrativa pela discricionariedade judicial, o que caracterizaria a usurpação da legalidade e da legitimidade constitucional da Administração Pública

11. A jurisprudência do STF revela que o tribunal, apesar de referir-se constantemente nas fundamentações de julgados à “proporcionalidade em sentido estrito” e “ponderação de princípios”, conceitos presentes na obra de Robert Alexy, não reproduz

a proposta metodológica do autor da “lei do sopesamento”, não sendo identificados critérios de uniformização para ponderação de princípios colidentes, verificando-se apenas referências indistintas à colisões e ponderação entre princípios, bens, interesses, valores e direitos fundamentais. Esta técnica (ou falta dela) do tribunal obscurece as razões motivadoras e fundamentadoras de suas decisões, as quais ficam mantidas no segredo da consciência dos membros do tribunal.

12. A exasperação do controle principiológico da discricionariedade administrativa tem gerado impactos negativos não só na esfera institucional da separação de poderes, mas também na efetivação e gestão das políticas públicas, a exemplo das repercussões da judicialização massiva de decisões administrativas discricionárias no âmbito do Sistema único de Saúde (SUS), objeto de autocritica pública por parte do Presidente do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça. A ingerência desmedida e desapartada de parâmetros estritamente jurídicos remete o controle extremo da discricionariedade administrativa à problemas como a capacidade técnica do Poder Judiciário para tomada de decisões administrativas, seu déficit de legitimidade democrática e à irresponsabilidade política dos juízes e tribunais pelo conteúdo de suas decisões.

13. Outra consequência grave do controle principiológico da discricionariedade administrativa consiste na responsabilização de agentes públicos por improbidade com base no art. 11 da Lei nº 8.429/1992 – Lei de Improbidade Administrativa, que prevê um tipo aberto de “ato de improbidade que atenta contra os Princípios da Administração Pública”. O dispositivo serve como “regra de reserva” para capitular quaisquer condutas que não causem enriquecimento ilícito ou lesão ao erário, deixando à discricionariedade ministerial e judicial a tarefa de enquadramento da conduta administrativa que se pretende impugnar, circunstância que acentua, em especial, a insegurança jurídica daqueles agentes que têm à sua disposição margens de escolha para tomada de decisão. A insegurança é agravada pela desnecessidade da comprovação de que o agente acusado de prática de ato de improbidade quis o resultado (dolo específico). A Lei não prevê a modalidade culposa para o ato que atenta contra princípios da Administração, contudo, a jurisprudência admite que basta a

comprovação do carácter voluntário da conduta (dolo genérico) para responsabilização do agente público.

14. Por fim, concluímos que a problematização teórica sobre o modelo de controle jurisdicional da discricionariedade administrativa no Brasil desafia investigações mais aprofundadas no âmbito do direito administrativo, impondo-se não só como tarefa científica relevante e oportuna para o aperfeiçoamento do regime jurídico-administrativo, mas também como imperativo ético-político que não deve ser escamoteado pela doutrina administrativista nacional.

Referências bibliográficas

- AARNIO, AULIS. *Lo racional como razonable*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- ADEODATO, JOÃO MAURÍCIO, “Retórica realista e decisão jurídica”, *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, vol. 18, nº 1, pp. 15-40, jan./abr. 2017.
- _____. *A retórica constitucional – sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo*, 2ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2010.
- AGAMBEN, GIORGIO. *Estado de exceção* (trad. do italiano *Stato di eccezione* por IRACI D. POLETI) 2ª ed., São Paulo: Boitempo Editorial, 2007.
- AGUILLAR, FERNANDO HERREN. *Metodologia da ciência do direito*, São Paulo: Editora Max Limonad Ltda., 1996.
- ALCHOURRÓN, CARLOS; BULYGIN, EUGENIO. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, 1ª reimp., Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1987.
- ALEXANDER, JEFFREY C.. “O novo movimento teórico” (trad. do inglês “The New Theoretical Movement” por PLÍNIO DENTZIEN), texto apresentado no X Encontro Anual da ANPOCS - Associação Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Ciências Sociais, Campos do Jordão, 1986.
- ALEX, ROBERT. *Constitucionalismo Discursivo* (org./trad. por LUÍS AFONSO HECK), 4ª ed. rev., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- _____. *Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica* (trad. do alemão *Theorie der juristischen Argumentation* por ZILDA HUTCHINSON SCHILD SILVA), 3ª ed., Rio de Janeiro: Editora Forense Ltda., 2011.
- _____. *Teoria dos Direitos Fundamentais* (trad. do alemão *Theorie der Grundrechte* por VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA), 2ª ed., 2ª tiragem, São Paulo, Malheiros Editores, 2012.
- ANTUNES, LUÍS FILIPE COLAÇO. *A Ciência Jurídica Administrativa* (colaboração de COUTINHO, JULIANA FERRAZ), Coimbra: Edições Almedina, 2013.
- ARANTES, ROGÉRIO BASTOS. *Judiciário e política no Brasil*, São Paulo: Sumaré – Fapesp – Educ., 1997.
- ATIENZA, MANUEL, “Entrevista a Riccardo Guastini”, in *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 27, pp. 457-473, 2004.

- ÁVILA, HUMBERTO. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 11^a ed. rev., São Paulo: Malheiros Editores, 2010.
- AZEVEDO, PAULO FURQUIM DE; AITH, FERNANDO MUSSA ABUJAMRA (Coord. Acadêmicos). *Judicialização da saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução*, Instituto de Ensino e Pesquisa – INSPER, Brasília: Conselho Nacional de Justiça – CNJ, 2019.
- BACIGALUPO, MARIANO. *La Discrecionalidad Administrativa (Estructura Normativa, Control Judicial y Límites Constitucionales de su Atribución)*, Madrid: Marcial Pons, 1997.
- BALKIN, J. M. “A Night in the Topics: The Reason of Legal Rhetoric and the Rhetoric of Legal Reason”, in *Law's Stories: Narrative and Rhetoric in the Law*, Peter Brooks and Paul Gewirtz eds., pp. 211-224, New Haven: Yale University Press 1996.
- BALESTRIN, LUCIANA. “América Latina e o giro decolonial”, in *Revista Brasileira de Ciência Política*, nº11, Brasília, May/Aug., 2013.
- BANDEIRA DE MELLO, CELSO ANTÔNIO. *Curso de Direito Administrativo*, 28^a ed., São Paulo: Malheiros, 2011.
- _____. *Discrecionalidade e Controle Jurisdicional*, 2^a ed., 4^a tiragem, São Paulo: Malheiros Editores, 2000.
- _____. *Elementos de Direito Administrativo*, 1^a ed., 6^a tir., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda., 1987.
- BANDEIRA DE MELLO, OSWALDO ARANHA. *Princípios de Direito Administrativo*, vol. I, 3^a ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2007.
- BARBERIS, MAURO. “Para una teoría realmente realista del derecho”, *Revus [Online] - Journal for constitutional theory and philosophy of law*, 29 | 2016.
- _____. “El realismo jurídico europeo-continental”, in ZAMORA, JORGE LUIS FABRA y VAQUERO, ÁLVARO NÚÑES (eds.), *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, vol. uno, Instituto de Investigaciones Jurídicas – Serie Doctrina Jurídica, núm. 712, Universidad Autónoma del México, 2015.
- _____. “Neoconstitucionalismo” (trad. do italiano por JULIANA SALVETTI), in *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, nº 7, vol. 1, Jan./Jun. 2006.
- BARBOZA, ESTEFÂNIA MARIA DE QUEIROZ; KOZICKI, KATYA. “Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas”, in *Revista Direito GV*, vol. 8, nº 1, São Paulo, Jan./June 2012.
- BARROSO, LUÍS ROBERTO. “A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria”, in *Revista Brasileira de Políticas Públicas – Centro Universitário de Brasília*, v. 5, Número Especial, pp. 24-50, 2015.

- _____. “Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática”, *Cadernos [SYN]THESIS*, v. 5, n. 1, pp. 23-32, Rio de Janeiro, 2012.
- _____. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, São Paulo: Saraiva, 2010.
- _____. “Novos Paradigmas e categorias de interpretação constitucional”, in FERNANDES, BERNARDO GONÇALVES, *Interpretação Constitucional: reflexões sobre (a nova) hermenêutica*, Salvador: JusPodivm, 2010.
- _____. *A reconstrução democrática do direito público no Brasil* (org.), Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- _____. “Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)”, in *Revista de Direito Administrativo - FGV*, v. 240, pp. 1-42, 2005.
- _____. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*, São Paulo, Saraiva, 1999,
- BASTOS, CELSO RIBEIRO. *Curso de Direito Administrativo*, 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2000.
- BELTRAN, JORDI FERRER; RATTI, GIOVANNI B. (eds.). *El realismo genovês*, Madrid: Marcial Pons, 2011.
- BINENBOJM, GUSTAVO. *Uma teoria do direito administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, 2ª edição, 2008
- _____. “A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos”, in Luís Roberto Barroso (Org.), *A reconstrução democrática do direito público no Brasil*, pp. 499-546, Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- _____. “Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo”, in *Revista de Direito Administrativo*, nº 239, pp. 1-31, Rio de Janeiro, Jan./Mar. 2005.
- BOBBIO, NORBERTO. *O positivismo jurídico – Lições de filosofia do direito* (trad. e notas de PUGLIESI, MÁRCIO PUGLIESI; BINI, EDSON; RODRIGUES, CARLOS E.), São Paulo: Ícone, 1995.
- _____; MATTEUCCI, NICOLA; PASQUINO, GIANFRANCO. *Dicionário de Política*, 7ª ed., vol. 1, Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.
- BONAVIDES, PAULO. *Teoria do Estado*, 4ª ed. rev. e ampl., São Paulo: Malheiros Editores, 2003

BORGES, JOSÉ SOUTO MAIOR. *Ciência feliz: sobre o mundo jurídico e outros mundos*, Recife: Fundação de Cultura Cidade do Recife, 1994.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*.

BRUZACA, RUAN DIDIER; QUEIROZ, SARAH VALERY MANO. “Sobre a colonialidade no direito e as perspectivas de descolonização no contexto dos países latino-americanos”, in *Revista Paradigma*, Ribeirão Preto - SP, Ano XXIII, v. 27, nº 1, pp. 300-317, jan./abr. 2018.

BUCCI, MARIA PAULA DALLARI. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*, São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

_____. “Notas para uma metodologia jurídica de análise de políticas públicas”, in FORTINI, CRISTIANA; ESTEVES, JÚLIO CÉSAR DOS SANTOS e DIAS, MARIA TEREZA FONSECA (Orgs.). *Políticas Públicas. Possibilidade e Limites*, pp. 225-260, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

BULYGIN, EUGENIO. “Sobre la Tesis de una Conexión Necesaria entre Derecho y Moral: la Crítica de Bulygin”, in ALEXY, ROBERT; BULYGIN, EUGENIO, *La Pretensión de Corrección del Derecho: la Polémica Alexy/Buligyn sobre la Relación entre Derecho y Moral* (trad. e introd. de PAULA GAIDO), pp. 53-84 Bogotá: Universidad de Colombia, 2001.

_____. “¿Hay vinculación necesaria entre derecho y moral?”, in VÁZQUEZ, RODOLFO (comp.), *Derecho y moral. Ensayos contemporáneos*, pp. 214-223, Barcelona: ed. Gedisa, 1998.

_____. “Sentencia judicial y creacion de derecho”, in ALCHOURRÓN, CARLOS; BULYGIN, EUGENIO, *Análisis lógico y Derecho*, pp. 360-362, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

CAMBI, EDUARDO. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo - Direitos Fundamentais, Políticas Públicas e Protagonismo Judiciário*, São Paulo: Almedina Brasil, 2016.

CAMMAROSANO, MÁRCIO; PEREIRA, FLÁVIO HENRIQUE UNES. “Improbidade administrativa e a jurisprudência do STJ: o esvaziamento do dolo nos artigos 9º e 11, e a inconstitucionalidade da culpa no art. 10”, in *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo - ReDAC*, São Paulo: Revista dos Tribunais, Fevereiro/2014.

CAMPOS, CARLOS ALEXANDRE DE AZEVEDO. *Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*, Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CARVALHO, JOSÉ MURILO DE. *Paulino José Soares dos Santos – Visconde de Uruguay / Coleção Formadores do Brasil*, São Paulo: Editora 34, 2002.

CARVALHO FILHO, JOSÉ DOS SANTOS. *Manual de Direito Administrativo*, 33ª ed., São Paulo: Editora Atlas, 2019.

- CASARA, RUBENS. *Estado Pós-Democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis*, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.
- CASSESE, SABINO. “El espacio jurídico global” (traducción del italiano de M. J. CALVO MONTORO), *Revista de Administración Pública*, Núm. 157, pp. 11-26, Enero-abril 2002.
- CASTRO, MARCUS FARO DE. “The courts, law and democracy in Brazil”, in *International Social Science Journal*, v. 152, pp. 241-252, 1997.
- CASTRO-GÓMEZ, SANTIAGO; GROSGOUEL, RAMÓN (compiladores). *El giro decolonial: reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global*, Bogotá: Siglo del Hombre Editores - Universidad Central/Instituto de Estudios Sociales Contemporáneos y Pontificia Universidad Javeriana/Instituto Pensar, 2007.
- CHIASSONI, PIERLUIGI. *O enfoque analítico na filosofia do direito: de Bentham a Kelsen* (trad. do italiano *L’indirizzo analitico nella filosofia del diritto*, vol. 1: *Da Bentham a Kelsen* por HELENO TAVEIRA TORRES e HENRIQUE MELLO), São Paulo: Editora Contracorrente, 2017.
- _____. *Tarello y la desmitificación del pensamiento jurídico*, Conferência proferida em 07/05/2014, na Faculdade de Direito da UFRGS, Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito da UFRGS. Fonte: Portal da UFRGS (www.ufrgs.br).
- CONTINENTINO, MARCELO CASSEB. “História do *judicial review*: o mito de Marbury”, *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 53, nº 209, pp. 115-132, jan./mar. 2016.
- CORREIA, JOSÉ MANUEL SÉRVULO. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*, Coimbra: Livraria Almedina, 1987.
- CORNMAN, J. W.; LEHRER, K.; PAPPAS, G. *Philosophical Problems and Arguments: An introduction*, New York: Macmillan Publishing Co., Inc., 1983.
- CRETELLA JÚNIOR, JOSÉ. *Manual de Direito Administrativo*, 4ª ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 1989.
- _____. “Ato Administrativo - A tridimensão da discricionariedade”, in *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, nº 119, pp. 33-39, jan./mar. 1975.
- DALLARI, DALMO DE ABREU. *O Poder dos Juízes*, 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007.
- DEÁK, RENATO ALBUQUERQUE; NOBRE JUNIOR, EDILSON PEREIRA. “O princípio da legalidade e os limites do poder regulamentar”, in *Revista Acadêmica – Faculdade de Direito do Recife*, Vol. 89, nº 01, pp. 144-167, jan.-jun. 2017.
- DI PIETRO, MARIA SYLVIA ZANELLA. *Direito Administrativo*, 27ª ed., São Paulo: Atlas, 2013.

- _____. “Limites do controle externo da administração pública - ainda é possível falar em discricionariedade administrativa?”, *Revista Brasileira de Direito Público*, v. 11, pp. 9-24, Belo Horizonte: Fórum, julho/setembro 2013.
- _____. “Da constitucionalização do direito administrativo – Reflexos sobre o princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa”, in *Atualidades Jurídicas: Revista do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - OAB*, Belo Horizonte, ano 2, nº 2, jan. /jun. 2012.
- _____. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*, São Paulo: Atlas, 1991.
- DIMOULIS, DIMITRI. “Positivismo jurídico: significado e correntes”, in CAMPILONGO, CELSO FERNANDES; GONZAGA, ÁLVARO DE AZEVEDO; FREIRE, ANDRÉ LUIZ (coords.), *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*, Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito, São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017.
- DUARTE, DAVID. “A discricionariedade administrativa e a competência (sobre a função administrativa) do Provedor de Justiça”, in *O Provedor de Justiça – Novos Estudos*, Lisboa: Provedoria de Justiça – Divisão de Documentação, pp. 35-77, 2008.
- _____. *A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa – A teoria da norma e a criação de normas de decisão na discricionariedade instrutória*, Coimbra: Almedina, 2006.
- DUTRA, LUIZ HENRIQUE DE ARAÚJO. *Pragmática da investigação científica*, São Paulo: Edições Loyola, 2008.
- DWORKIN, RONALD. *Levando os Direitos a Sério* (trad. do inglês *Taking rights seriously* por NELSON BOEIRA), São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- _____. *O império do direito* (trad. do inglês *Law’s empire* por JEFFERSON LUIZ CAMARGO), 3ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2014.
- EISENMANN, CHARLES. “O direito administrativo e o princípio da legalidade” (trad. por RUTH BARBOSA GOULART de “Le Droit Administratif et le Principe de Légalité”, in *Études et Documents - Conseil d’Etat*, nº 11, pp. 25-55,), in *Revista de Direito Administrativo*, v. 56, Rio de Janeiro, pp. 47-70, abr. jun. 1959.
- ENTERRÍA, EDUARDO GARCÍA DE; FERNÁNDEZ, TOMÁZ-RAMÓN. *Curso de Derecho Administrativo*, 7ª ed., Civitas: Madrid, 1998.
- ETCHEVERRY, KÁTIA M.. “O Problema da Justificação Fundacional Internalista na Epistemologia Contemporânea”, in BAVARESCO, AGEMIR et al. (orgs.) *Filosofia na PUCRS: 40 anos do Programa de Pós-Graduação em Filosofia: 1974 – 2014 - Série Filosofia – nº 224*, pp. 111-131, Porto Alegre: EDIPUCRS/Editora Fi, 2014.
- FAGUNDES, MIGUEL SEABRA. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, Terceira Edição (atualizada), Rio de Janeiro: Edição Revista Forense, 1957.

- _____. “Conceito de mérito no Direito Administrativo”, in *Revista de Direito Administrativo*, v. 23, pp. 1-16, 1951.
- FERRAJOLI, LUIGI. “Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo”, in *Anais do IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional*, pp. 95-113, Curitiba: Academia Brasileira de Direito Constitucional, 2011.
- _____. “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, in *DOXA - Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 34, pp. 15-53, 2011.
- FERREIRA FILHO, MANOEL GONÇALVES. *Direito Constitucional Contemporâneo*, 3ª ed., São Paulo Saraiva, 2011.
- _____. “O princípio da legalidade”, in *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*, nº 10, 1977.
- FERREIRA NETO, ARTHUR MARIA. *O cognitivismo e não cognitivismo moral e sua influência na formação do pensamento jurídico*, tese de doutoramento apresentada no Curso de Pós-graduação em Filosofia da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS (orientador Prof. Dr. Draiton Gonzaga de Souza), 2013.
- FIGUEIREDO, LUCIA VALLE. *Curso de Direito Administrativo*, 5ª ed., São Paulo: Malheiros, 2001.
- FONTELLA, CLÁUDIO DUTRA. *Improbidade por violação dos Princípios da Administração: Uma abordagem sistemática do art. 11 da Lei n. 8.429/92*, Dissertação de Mestrado na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - Programa de Pós-Graduação em Direito (orientador Prof. Dr. Juarez Freitas), 2009.
- FOUCAULT, MICHEL. *Arqueologia do saber*, 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.
- FRANÇA, PHILLIP GIL. “Controle do ato administrativo”, in *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*, in CAMPILONGO, CELSO FERNANDES; GONZAGA, ÁLVARO DE AZEVEDO; FREIRE, ANDRÉ LUIZ (coords.), *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*, Tomo: *Direito Administrativo e Constitucional*, São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017.
- _____. *Controle da Administração Pública – Combate à corrupção, discricionariedade administrativa e regulação econômica*, 4ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2016.
- _____. *A adequada tutela jurisdicional do ato administrativo discricionário como instrumento de promoção e realização dos objetivos fundamentais da república brasileira – fundamentos e contornos da ação direta de ilegalidade da discricionariedade administrativa de interesse nacional*, tese de doutoramento apresentada à Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (orientador Prof. Dr. Carlos Alberto Molinaro), 2012.

- FREITAS, JUAREZ. *Direito Fundamental à Boa Administração Pública*, 3ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2014.
- _____. *O Controle dos Atos Administrativos e os princípios fundamentais*, 5ª ed. rev. e ampl., São Paulo: Malheiros Editores, 2013.
- GARAPON, ANTOINE. *O Guardador de Promessas - Justiça e Democracia* (trad. do francês *Le gardien des promesses: le juge et la démocratie* por FRANCISCO ARAGÃO), Lisboa: Instituto Piaget, 1998.
- GRIMALTOS, TOBIES. "Internismo y externismo en epistemología", *Enciclopedia de la Sociedad Española de Filosofía Analítica*, 2018.
- _____; IRANZO, VALERIANO, in QUESADA, DANIEL [ed.], "El debate Externismo/Internismo en la justificación epistémica", in *Cuestiones de Teoría del Conocimiento*, pp. 33-76, Madrid: Tecnos, 2009.
- GODOY, ARNALDO SAMPAIO DE MORAES. *Introdução ao Realismo Jurídico Norte-Americano*, Brasília: edição do autor, 2013.
- _____. "Direito e Economia: introdução ao movimento 'Law and Economics'", in *Revista Jurídica da Presidência da República*, Brasília, vol. 7, nº 73, p. 01-10, junho/julho, 2005.
- GRAU, EROS ROBERTO. *O direito posto e o direito pressuposto*, 9ª ed. rev. e ampl., São Paulo: Malheiros Editores, 2014.
- _____. "Poder Discrecionário", *Revista de Direito Público*, nº 93, jan-mar/1990, pp. 41-46.
- GUASTINI, RICCARDO. "Dos concepciones de las normas" ("Discussion with Eugenio Bulygin"), *Revus [Online] - Journal for constitutional theory and philosophy of law*, in print | 2018.
- _____. "Un enfoque realista acerca del derecho y el conocimiento jurídico", *Revus [Online]*, 27 | 2015.
- _____. "Il realismo giuridico ridefinito", *Revus [Online] - Journal for constitutional theory and philosophy of law*, 19 | 2013.
- _____. *Interpretare e Argomentare*, Milano: Giuffré Editore, 2011.
- _____. *Das Fontes às Normas* (trad. do italiano *Dalle Fonti alle Norme* por EDSON BINI), São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- _____. "La 'constitucionalización' del ordenamiento jurídico: el caso italiano", *Estudios de teoría constitucional*, México/DF: Fontamara, 2003.
- _____. *Distinguendo: studi di teoria e metateoria del diritto*, Torino: Giappichelli, 1996.

_____. *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano: Giuffrè, 1998.

_____. *Le Fonti del diritto e L'interpretazione*, Milano: Giuffrè Editore, 1993.

HART, HERBERT L. A.. *O conceito de direito* (trad. do inglês *The concept of law* por ARMINDO RIBEIRO MENDES), 6ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.

HOLANDA, SÉRGIO BUARQUE. *Raízes do Brasil*, 26ª ed., 30ª reimp., São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

JERUSALINSKY, ALFRED. *Psicanálise: Instituição – Transmissão*, apud SANADA, ELIZABETH DOS REIS, in “A 'verdade' da ciência a partir de uma leitura psicanalítica”, *Revista de Psicologia USP*, vol. 15, nº 1-2, pp. 183-194, Jun 2004.

JUSTEN FILHO, MARÇAL. *Curso de Direito Administrativo*, 12ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

KELSEN, HANS. *Teoria Geral do Direito e do Estado* (trad. do inglês *General Theory of Law and State* por LUÍS CARLOS BORGES), São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. *Teoria Pura do Direito* (trad. do alemão *Reine Rechtslehre* por JOÃO BAPTISTA MACHADO) 7ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KAUFMANN, ARTHUR; “Filosofia do direito, teoria do direito, dogmática jurídica”, in KAUFMANN, ARTHUR; HASSEMER, WINFRIED, *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas* (trad. do alemão *Einführung in rechtphilosophie und rechtstheorie der gegenwart* por MARCOS KEEL e MANUEL SECA DE OLIVEIRA, rev. e coord. ANTÓNIO MANUEL HESPANHA), 3ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2015.

KUHN, THOMAS S. *A estrutura das revoluções científicas* (trad. do inglês *The structure of scientific revolutions* por Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira), 7ª ed., São Paulo: Perspectiva, 2003.

LAKATOS, EVA MARIA; MARCONI, MARINA DE ANDRADE. *Metodologia científica*, São Paulo: Atlas, 1986.

LAKATOS, IMRE; ALAN MUSGRAVE (orgs.). *A crítica e o desenvolvimento do conhecimento – Quarto volume das atas do Colóquio Internacional sobre Filosofia da Ciência*, realizado em Londres em 1965 (trad. do inglês *Criticism and the growth of knowledge* por OCTAVIO MENDES CAJADO), São Paulo: Editora Cultrix Ltda., 1979.

LARENZ, KARL. *Metodologia da ciência do direito* (trad. do alemão *Methodenlehre der rechtswissenschaft*, 6ª ed., por JOSÉ LAMEGO), 7ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014.

- LEAL, VICTOR NUNES. “Poder discricionário e ação arbitrária da administração” in *Revista de Direito Administrativo*, v. 14, pp. 52-82, 1948.
- LEI FUNDAMENTAL DA REPÚBLICA FEDERAL DA ALEMANHA (trad. de AACHEN ASSIS MENDONÇA, rev. jurídica de BONN URBANO CARVELLI), Deutschen Bundestag, 2011.
- LEWANDOWSKI, RICARDO. “Freios e contrapesos”, artigo publicado no jornal Folha de São Paulo, edição de 23/05/2018.
- _____. “Pronunciamento do Excelentíssimo Senhor Ministro Presidente do Supremo Tribunal Federal na qualidade de Orador Principal no 3º Congresso da Conferência Mundial sobre Justiça Constitucional”, Seul, 30 de setembro de 2014. Fonte: Portal do STF (www.stf.jus.br).
- LIMA, MARCELO MACHADO COSTA. *A Validade Legítima: Um ensaio sobre o caso brasileiro*, tese de Doutorado em Direito - Especialidade de Ciências Jurídico-Políticas, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (orientador Prof. Dr. Paulo Otero), 2014.
- LOPES, MÔNICA SETTE. “Realismo jurídico: o discurso jurídico e a apreensão da realidade pontual”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, nº 45, pp. 297-340, 2004.
- LYNCH, CHRISTIAN EDWARD CYRIL, “A idéia de um Conselho de Estado brasileiro: uma abordagem histórico-constitucional Conselho de Estado”, in *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Ano 42, nº 168, pp. 45-64, out./dez. 2005.
- MACEDO JUNIOR, RONALDO PORTO. *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea*, São Paulo: Saraiva, 2013.
- MADALENA, LUIS HENRIQUE. *Discricionariedade Administrativa e Hermenêutica*, Salvador: Editora JusPodivm, 2016.
- MAURER, HARTMUT. *Elementos de direito administrativo alemão* (trad. LUIS AFONSO HECK), Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.
- MAUS, INGEBORG. “Judiciário como Superego da sociedade — O Papel da atividade jurisprudencial na ‘Sociedade órfã’” (trad. do alemão "Justiz als gesellschaftliches Über-Ich — Zur Funktion von rechtsprechung in der 'vaterlosen Gesellschaft'" por MARTONIO LIMA e PAULO ALBUQUERQUE), in *Novos Estudos – CEBRAP*, nº. 58, pp. 183-202, novembro 2000.
- MAZZA, FÁBIO FERREIRA; MENDES, ÁQUILAS NOGUEIRA. “Decisões judiciais e orçamento: um olhar sobre a saúde pública”, *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 14, nº 3, pp. 42-65, nov. 2013/ fev. 2014.
- MEDAUAR, ODETE. “Poder de Polícia”, *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, nº 199, pp. 89-96, jan./mar. 1995.

- _____. *O direito administrativo em evolução*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992.
- MEIRELLES, HELY LOPES. *Direito Administrativo Brasileiro*, 24^a ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1999.
- _____. “A Administração Pública e seus controles”, *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, vol. 114, pp. 23-33, out./dez. 1973.
- MIAILLE, MICHEL. *Introdução Crítica ao Direito* (trad. do francês *Une introduction critique au droit* por ANA PRATA), 3^a ed., Lisboa: Editorial Estampa, 2005.
- MIGNOLO, WALTER. “Colonialidade: O lado mais escuro da modernidade” (trad. de Marco Oliveira da “Introdução” de *The darker side of western modernity: global futures, decolonial options*, Durham: Duke University Press, 2011), in *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, vol. 32, n° 94, pp. 1-18, Junho/2017.
- MORAIS, FAUSTO SANTOS DE. *Ponderação e Arbitrariedade: A inadequada recepção de Alexy pelo STF*, 2^a ed. rev. e atual., Salvador: Editora JusPodivm, 2018.
- _____. *Hermenêutica e pretensão de correção: uma revisão crítica da aplicação do princípio da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal*, São Leopoldo: UNISINOS, tese de doutoramento, Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Programa de Pós-Graduação em Direito (orientador Prof. Dr. Lenio Luiz Streck), 2013.
- MOREIRA, LUIZ (Org.). *Judicialização da Política*, São Paulo: 22 Editorial, 2012.
- MOREIRA NETO, DIOGO DE FIGUEIREDO. *Mutações do Direito Administrativo*, 2^a ed. rev. e ampl., Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- MOTTA FILHO, CÂNDIDO. “Rui Barbosa e o Poder Judiciário”, *Revista da Faculdade de Direito - Universidade de São Paulo*, v. 62 n° 1, pp. 185-206, 1967.
- NASCIMENTO, ANTONIO RODRIGUES DO. “Conflito de interpretação normativa no controle interno da competência discricionária”, in PONTES FILHO, VALMIR; MOTTA, FABRÍCIO; GABARDO, EMERSON (Coords.), *Administração Pública: desafios para a transparência, probidade e desenvolvimento - XXIX Congresso Brasileiro de Direito administrativo*, pp. 377-386, Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- NEUMANN, ULFRID. “Teoria científica da ciência do direito”, in KAUFFMANN, A.; HASSEMER, W. (orgs.), *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas* (trad. do alemão *Einführung in rechtphilosophie und rechtstheorie der gegenwart* por MARCOS KEEL e MANUEL SECA DE OLIVEIRA, rev. e coord. ANTÔNIO MANUEL HESPANHA), 3^a ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2015.
- NINO, CARLOS SANTIAGO. *Introducción al análisis del derecho*, 2^a ed., ampl. y rev., 12^a reimp., Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2003.

- NOGUEIRA, ATALIBA. “Seabra Fagundes, *doutor honoris causa*”, in *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, vol. 66, pp. 51-75, 1971.
- OLIVEIRA, PAULO EDUARDO VIEIRA DE; COSTA, NÍVEA ANDREZA DE OLIVEIRA. “Ponderação à brasileira: a racionalidade da decisão judicial em Robert Alexy como desafio do Estado Constitucional Democrático”, in *Revista Jurídica Trabalho e Desenvolvimento Humano*, Campinas, v. 1, nº 1, p. 14-38, 2018.
- OTERO, PAULO. *Manual de Direito Administrativo – vol. I*, Coimbra: Edições Almedina, 2014.
- _____. *Legalidade e Administração Pública: O sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, 2ª reimp., Coimbra: Almedina, 2003.
- PERELMAN, CHAÏM. *Lógica jurídica*, São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- PIÇARRA, NUNO. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*, Coimbra: Coimbra Editora, 1989.
- PIRES, LUIS MANUEL FONSECA. *Controle Judicial da discricionariedade administrativa*, 2ª ed., Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013.
- PONDÉ, LAFAYETTE. “A doutrina e a jurisprudência na elaboração do direito administrativo”, in *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, nº 196, pp. 85-93, abr./jun. 1994.
- PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa*.
- PRADO JR., CAIO. *Dialética do Conhecimento*, São Paulo: Ed. Brasiliense, 1980.
- QUIJANO, ANÍBAL. “Colonialidade, poder, globalização e democracia”, in *Novos Rumos*, Ano 17, nº 37, pp. 4-28, 2002.
- _____. “Colonialidad y Modernidad/Racionalidad”, *Revista del Instituto Indigenista Peruano*, vol. 13, nº 29, pp. 11-20, Lima, 1992.
- RAMOS, ELIVAL DA SILVA. *Ativismo Judicial - Parâmetros Dogmáticos*, 1ª ed., 2ª tiragem, São Paulo: Saraiva, 2010.
- REALE, MIGUEL. *Lições preliminares de Direito*, 25ª ed., 22ª tiragem, São Paulo: Editora Saraiva, 2001.
- _____. *Filosofia do Direito*, 12ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 1987.
- RIBAS, ANTONIO JOAQUIM. *Direito Administrativo Brasileiro* (apresentação de AMÉRICO JACOBINA LACOMBE), Brasília: Serviço de Documentação do Ministério da Justiça, 1968.

- SAMPAIO, EVALDO. “A virada linguística e os dados imediatos da consciência” (itálicos no original), in *Trans/Form/Ação*, vol. 40 nº 2, Marília, Apr. / June 2017.
- SCHUARTZ, LUIS FERNANDO. “Consequencialismo Jurídico, Racionalidade Decisória e Malandragem”, in *Revista de Direito Administrativo - FGV*, v. 248, pp. 130-158, Rio de Janeiro, 2008.
- SEIXAS, B. L. S.. *Fundamentos do manejo e da conservação do solo*, Salvador: Centro Editorial e Didático da UFBA, 1984.
- SICHES, RECASENS. *Tratado General de Filosofía del Derecho*, México, D.F.: Editorial Porrúa, 1965.
- SIECZKOWSKI, JOÃO BATISTA C.. “Conhecimento e justificação: a origem de debate entre internalismo vs. externalismo”, in *Filosofia Unisinos*, 9(3), pp. 228-242 set/dez 2008.
- SILVA, ALMIRO DO COUTO E. “Poder Discricionário no Direito Administrativo Brasileiro”, *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, nº 179, pp. 51-67, jan./jun. 1990.
- SILVA, JOSÉ AFONSO DA. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 35ª ed. revista e atualizada, São Paulo: Malheiros Editores, 2012.
- SILVA, VASCO PEREIRA DA. “O impacto do Direito Administrativo sem Fronteiras no Direito Administrativo português”, in *Actas do XII Colóquio Luso-Espanhol de Professores de Direito Administrativo - O Direito Administrativo Transnacional e as suas implicações*, Lisboa: Universidade Lusíada, 2018.
- _____. *O contencioso administrativo no divã da psicanálise: ensaio sobre as acções no novo processo administrativo*, 2ª ed. actualiz., Coimbra: Edições Almedina, 2009.
- SILVA, VIRGÍLIO AFONSO DA. “Interpretação constitucional e sincretismo metodológico”, in SILVA, VIRGÍLIO AFONSO DA (org.), *Interpretação constitucional*, pp. 115-143, São Paulo: Malheiros, 2005.
- SOUZA, RICARDO LUIZ DE. *Pensamento social brasileiro: de Euclides da Cunha a Oswald de Andrade*, São Paulo: Alameda Casa Editorial, 2018.
- STRECK, LENIO LUIZ. *Verdade e Consenso*, 6ª ed. rev. e ampl., São Paulo: Editora Saraiva, 2017.
- _____. “A crítica hermenêutica do direito e a questão da discricionariedade judicial”, in STRECK, LENIO LUIZ (org.), *A discricionariedade nos sistemas jurídicos contemporâneos*, Salvador: Editora JusPodivm, 2017.
- _____; MORAIS, JOSÉ BOLZAN. *Ciência Política & Teoria do Estado*, 8ª ed. rev. e atual., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

- _____. “Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo”, in FERRAJOLI, LUIGI; STRECK, LENIO LUIZ e TRINDADE, ANDRÉ KARAM (Orgs.), *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*, pp. 59-94, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- _____. “Porque a discricionariedade é um grave problema para Dworkin e não o é para Alexy (Dossiê Ronald Dworkin)”, *Revista Direito e Práxis*, vol. 4, nº 7, pp. 343-367, 2013.
- _____. “É possível fazer direito sem interpretar?”, in *Consultor Jurídico – Conjur*, 19 de abril de 2012.
- SUNDFELD, CARLOS ARI. *Direito Administrativo para céticos*, São Paulo: Malheiros Editores, 2012.
- _____. “A Ordem dos Publicistas”, in *Direito Público – Estudos em homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari*, Belo Horizonte, Editora Del Rey, pp. 33-66, 2004.
- SCHWARZ, ROBERTO. *Ao vencedor as batatas – forma literária e processo social nos inícios do romance brasileiro*, 2ª ed., São Paulo: Livraria Duas Cidades, 1981.
- TÁCITO, CAIO. “O primeiro livro sobre direito administrativo na América Latina”, in *Temas de Direito Público: estudos e pareceres*, v. 1, pp. 9-11, Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- _____. “Bases Constitucionais do Direito Administrativo”, 39, in *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Vol. 166, pp. 37-44, out./dez. 1986.
- _____. “Teoria e prática do desvio de poder”, *Revista de Direito Administrativo*, nº 117, pp. 1-18, 1974.
- TARELLO, GIOVANNI. “Ideologias setecentistas da codificação e estrutura dos códigos” (trad. do italiano *Cultura giuridica e politica del diritto*, Bologna: Il Mulino, 1988, por RICARDO SONTAG), in *Meritum*, Belo Horizonte, v. 3 – nº 2 – pp. 05-31 – jul./dez. 2008.
- _____. *L'interpretazione della legge*, Milão: Giuffrè Editore, 1980.
- _____. *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Bologna: Il Mulino, 1974.
- TATE, CHESTER NEAL; VALLINDER, TORBJÖRN (eds.), *The global expansion of judicial power*, New York: New York Univ. Press, 1995.
- TROPER, MICHEL. “Uma teoria realista da interpretação” (trad. por VALESCHKA E SILVA BRAGA), in *Revista Opinião Jurídica*, vol. 4, nº 8, pp. 280-300, Fortaleza, 2006.
- VALIM, RAFAEL. *Estado de exceção: A forma jurídica do neoliberalismo*, São Paulo: Editora Contracorrente, 2017.

- _____. *O princípio da segurança jurídica no direito administrativo*, São Paulo: Malheiros Editores, 2010.
- VASCONCELLOS, FERNANDO ANDREONI. *Hermenêutica jurídica e derrotabilidade*, Curitiba: Editora Juruá, 2010.
- VERONESE, ALEXANDRE. “A judicialização da política na América Latina: panorama do debate teórico contemporâneo”, in *Escritos – Revista da Fundação Casa de Rui Barbosa*, Ano 3, nº 3, 2009.
- VIANNA, LUIZ WERNECK; BURGOS, MARCELO BAUMANN; SALLES, PAULA MARTINS. “Dezessete anos de judicialização da política”, in *Cadernos Cedes*, Campinas: Unicamp, n. 8, dez. 2006.
- VIEIRA, OSCAR VILHENA. “Supremocracia”, in *Revista de Direito GV*, vol. 4, nº2, pp. 441-464, São Paulo, Jul-Dez 2008.
- _____. *A batalha dos poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional*, São Paulo: Companhia das Letras, 2018.
- _____. e GLEZER, RUBENS (orgs.). *A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso*, Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017.
- VILANOVA, LOURIVAL. *Escritos Jurídicos e Filosóficos*, vol. 1, Brasília: Axis Mvndi Editora – IBET, 2003.
- _____. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1977.
- VITTA, HERALDO GARCIA *Soberania do Estado e Poder de Polícia*, São Paulo: Malheiros Editores, 2011.
- WARAT, LUIS ALBERTO. *O Direito e sua linguagem* (colaboração de ROCHA, LEONEL SEVERO), 2ª versão, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000
- WEHLING, ARNO; WEHLING, MARIA JOSÉ. “Soberania sem Independência: Aspectos do discurso político e jurídico na proclamação do Reino Unido”, in *Tempo*, V. 16, nº 31, p. 89-116, jul./dez. 2011.
- WEIL, PROSPER. *O Direito Administrativo* (trad. do francês *Le Droit Administratif* por MARIA DA GLÓRIA FERREIRA PINTO), Coimbra: Livraria Almedina, 1977.
- ZAMORA, JORGE LUIS FABRA; VAQUERO, ÁLVARO NÚÑES (edits.). *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, vol. uno, Instituto de Investigaciones Jurídicas – Serie Doctrina Jurídica, núm. 712, Universidad Autónoma del México, 2015.